الموسوعة الوافية
في
شرح القانون المدني
بمذاهب الفقه وأحكام القضاء الحديثة
في مصر والأقطار العربية
الجزء السابع (م ٨٢٧ ـ م ٩٦٢)

قسمة المال الشائع ـ القسمة الرضائية ـ القسمة القضائية ـ الحكم في دعوى القسمة ـ أسباب كسب الملكية ـ الاستيلاء ـ تعيين مصف للتركة ـ الشفعة. شروط الأخذ بالشفعة ـ الحيازة ـ دعوى منع تعرض ـ دعوى وقف الأعمال الجديدة.

المستشار
أنور العمروسي
رئيس محكمة الاستئناف العليا (سابقاً)

تنقيح ومراجعة

المستشار
أمجد أنور العمروسي
رئيس محكمة الاستئناف

الأستاذ
أشرف أحمد عبد الوهاب
المحامي بالنقض

دار العدالة للنشر والتوزيع
tel ٠٢٣٩٥٥٢٧١ – fax-٠٢٣٩١٦١٣٥
٨٥ شارع محمد فريد – الدور (٥) – عابدين – القاهرة
www. ELADALAH.com - ٠١٠٠٢٥٥١٦٩٩

openkan.com

اسم الكتاب : الموسوعة الوافية في شرح القانون المدني

المؤلف : المستشار/ أنور العمروسي

الناشر : دار العدالة ٨٥ شارع محمد فريد –الدور (٥) – القاهرة

tel ٠٢٢٣٩٥٥٢٧١ – fax ٠٢٢٣٩١٦١٣٥

حقوق التأليف : جميع حقوق الطبع محفوظة ولا يجوز إعادة طبع أو استخدام كل أو جزء من هذا الكتاب إلا وفقاً للأصول العلمية والقانونية المتعارف عليها.

الطبعة : الثانية مزيدة ومنقحة.

سنة الطبع : ٢٠١٧.

الترقيم الدولي : I.S.B.N

رقم الإيداع : ١٠٠٨٩

الموقع : www. ELADALAH.com

الإيميل eladalahashrf@gmail.com

obeikan.com

مادة (٨٢٧)

تكون إدارة المال الشائع من حق الشركاء مجتمعين ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٨٣٦ ليبي و ٧٨٢ سوري و ١٠٦٤ عراقي و ٨٢٦ لبناني و ٧٠٩ سوداني.

الأعمال التحضيرية:

أدق ما يعرض للشركاء في الشيوع هو إدارة المال الشائع. لذلك تكفل المشروع بوضع قواعد لهذه الإدارة من شأنها أن تيسر عليهم القيام بها، وان تحسم ما يغلب وقوعه من الخلاف فيما بينهم. والأصل ان إدارة المال الشائع من حق الشركاء مجتمعين، الا إذا اتفقوا علي توكيل أحدهم في أن ينفرد بالإدارة. ولكن لما كان من غير الميسور أن ينعقد الاجماع في كل مسألة من مسائل الإدارة، فقد وضع المشروع من القواعد ما يكفل التوفيق بين المصالح المتعارضة[١].

رأي الفقه:

١- يخلص من نص المادة ٧٢٨ من القانون المدني ان إدارة المال الشائع هو، في الأصل، من حق الشركاء في الشيوع مجتمعين، لا ينفرد بها أحد منهم، ذلك لأن لكل شريك حقاً في المال الشائع يماثل في طبيعته حقوق الشركاء الآخرين، فإذا استقل احدهم بإدارة المال الشائع، كان في هذا اعتداء علي حقوق باقي الشركاء، فلابد إذن من إجماعهم، ليقروا استثناءات هامة، وترجع الي تعذر الإجماع في أغلب الأحوال، ومن ثم نظم التقنين المدني الجديد هذه المسألة تنظيما مفصلا، واجه به العقبات العملية التي تحول عادة دون حسن استغلال المال الشائع، مراعيا ما عسي أن يتفق عليه الشركاء في شأن إدارة هذا المال. وقد كان التقنين المدني السابق خلوا من هذا التنظيم، فجهد القضاء في سد هذا النقص، ولكن علي وجه غير كامل أمام سكوت التشريع.

والغرض الذي يهدف إليه الشركاء من إدارة المال الشائع هو بطبيعة الحال الإنتفاع بالمال واقتسام ثماره فيما بينهم، فهم ملاك لهذا المال، ولكل مالك حق استعمال الشئ وإستغلاله.

فإذا أمكن لكل منهم الإستئثار باستعمال الشئ الشائع، كان له ذلك.

كذلك يجوز لكل من الشركاء أن يرفع دعاوى الحيازة إذا توافرت شروطها، لمواجهة اعتداء من يعتدي علي حيازته لحصته الشائعة، دون حاجة الي أن يشترك معه في ذلك سائر الشركاء المشتاعين. وله أن يرفع دعوى الاستحقاق يسترد بها

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني – الجزء ٦ – ص٨٤.

حصته الشائعة من يد الغير، وبقصر الدعوى في هذه الحالة علي حصته الشائعة فلا يحتاج الي أن يشترك معه باقي الشركاء.

علي أن كل ما تقدم ليس في الصميم من أعمال الإدارة، بل هي إعمال جانبية قل أن تعرض في العمل. أما أعمال الإدارة الرئيسية التي تقع كثيراً في العمل، وتهدف الي الإنتفاع بالمال الشائع واستثماره. فإيجار الدار أو سكناها. وإيجار الأرض الزراعية أو زراعتها- فهذه تقتضي في الأصل إجماع الشركاء المشتاعين، فيما عدا ما يقرره القانون من استثناء. فيمكن مثلا أن يجمع الشركاء علي إيجار الدار أو الأرض، وان يتفقوا جميعا علي شروط الإيجار وعلي المستأجر، فان تم ذلك، جرت إدارة المال الشائع علي هذا الوجه بإجماع الشركاء، ولكن قل أن يتيسر ذلك في العمل، لاختلاف مشارب الشركاء، وتتفاوت أغراضهم، وتنوع اتجاهاتهم. فما يريده واحد منهم قد لا يريده الآخرون، وقد تريد أغلبيتهم شيئاً وتقف الأقلية حائلا دون ما تريده الأغلبية(١).

٢- الأصل أن إدارة المال الشائع من حق الشركاء جميعاً، إذا لم يوجد بينهم اتفاق يقضي بغير ذلك (م ٨٢٧ مدني)، فلا يجوز لأحدهم منهم الانفراد بأعمال الإدارة، لأن ذلك يعتبر اعتداء منه علي حقوق الشركاء الآخرين، فحق كل من الشركاء يرد علي المال الشائع كله، ومن ثم فان إدارة المال الشائع من حق الشركاء جميعا، وتنطبق هذه القاعدة سواء أكانت أعمال الإدارة المقصودة تدخل في أعمال الإدارة المعتادة أم غير المعتادة.

بيد أنه يصعب أن يتفق الشركاء جميعا علي عمل من أعمال الإدارة لاختلاف مشاربهم وتنوع أهدافهم، لذلك علي القانون المدني ببيان الطريقة التي تتم بها إدارة المال الشائع مفرقا في ذلك بين أعمال الإدارة المعتادة وأعمال الإدارة غير المعتادة، مبينا أن إجماع الشركاء ضروري إذا تعلق الأمر بقيمة المال الشائع كطريقة من طرق الإدارة(٢).

٣- قدر الشارع أن إدارة المال الشائع هي أدق ما يعرض لشركائه المشتاعين، فوضع لهذه الإدارة من القواعد ما يكفل تيسير القيام بها ويحسم الخلافات التي تقع في شأنها.

والأصل- كما تقول المادة ٨٢٧ مدني مصري- أن: " تكون إدارة المال الشائع من حق الشركاء مجتمعين ما لم يوجد اتفاق يخلف ذلك " (تطابق المواد ٧٨٢ مدني سوري وم ١/١٠٦٤ مدني عراقي و ٨٣٦ مدني ليبي)، فان اتفق الشركاء جميعاً علي تنظيم معين لإدارة المال الشائع كان هذا التنظيم هو الواجب الاتباع، سواء تعلق بأعمال الإدارة المعتادة أو غير المعتادة. ويعدل هذا أن يتفقوا علي شخص ينوب عنهم في الإدارة، سواء كان هذا الشخص واحدا من بينهم أو كان أجنبيا عنهم. وقد يكون

---

(١) الوسيط – ٨ – للدكتور السنهوري – المرجع السابق – ص٨٠٩ وما بعدها.

(٢) الحقوق العينية الأصلية – للدكتور محمد على عمران – المرجع السابق – ص٣٠٠.

هذا الاتفاق ضمنيا يستخلص من الظروف. فإذا تولي أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين عد وكيلا عنهم (م ٣/٨٢٨ مدني مصري).

وأهم صورة لاتفاق الشركاء علي تنظيم إدارة المال الشائع هي قسمة المهايأة، وهي أما قسمة مكانية يتفق فيها الشركاء على أن يختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز يوازي حصته في المال الشائع، أو قسمة زمانية يتفق فيها الشركاء علي أن يتناولوا الإنتفاع بجميع المال اشتراك كل منهم لمدة تتناسب حصة، وهذا وذاك بصفة مؤقتة.

إلا أن اتفاق جميع الشركاء دائما علي إدارة المال الشائع أمر غير ميسور، ولهذا وضع الشارع تنظيماً لهذه الإدارة عند اختلاف الشركاء، حيث جعل السلطة في هذا الشأن لأغلبية الشركاء محسوبة علي أساس قيمة الأنصباء، وفرق فيما يتعلق بمقدار هذه الأغلبية بين أعمال الإدارة المعتادة وأعمال الإدارة غير المعتادة[١].

٤- إدارة المال الشائع تعني اتفاق الشركاء أو أكثرهم علي طريقة ما لاستغلال المال المشاع. والأصل في هذا أن تكون إدارة المال الشائع من حق الشركاء مجتمعين ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك (م ١٠٦٤ مدني عراقي). أما إذا لم يجتمعوا معا لي إدارته فقد قرر لهم القانون قاعدة يتبعونها في ذلك. فهو قد فرق بين الأعمال الإدارية المعتادة كإيجار المال واستغلاله بطريقة ما، وبين الأعمال الإدارية غير المعتادة وهي التي تتناول المال الشائع بالتبديل والتغيير كليا بقصد جعله أكثر نفعا لهم وافر إنتاجا.

وللشركاء أن يتفقوا علي إدارة المال الشائع علي الوجه الذي يرتضونه وعند ذلك لا تكون هناك حاجة للتدخل فيما بينهم. أما إذا لم يتفقوا فان كانت الأكثرية في جانب كان رأي هذه الأكثرية هو النافذ بالنسبة إلى جميع الشركاء، ولهم عند ذلك إدارة المال بأنفسهم أو لهم اختيار مدير من بينهم أو من غير الشركاء يولونه استغلال المال ويضعون له القيود والشروط التي يريدونها، كما لهم تفويضه علي وجه الإطلاق. وتسري إدارة الأغلبية علي سائر الشركاء وعلي خلفائهم سواء كانوا خلفا عاما كالوارث او خلفا خاصا.

أما إذا لم تكن هناك أغلبية (وتحسب قيمة الحصص لا يعدد الشركاء)، كان للشركاء مجتمعين أو منفردين أن يرجعوا المحكمة المختصة لتتخذ الإجراءات اللازمة لإدارة المال، وتكون لها السلطة المطلقة في ذلك كأن تضع خطة تأمرهم باتباعها أو أن تعين مديرا من الشركاء أو أجنبيا. ولا يمنع ذلك أن يجتمعوا علي خطة للإدارة، وعند ذلك تعهد إليهم المحكمة بإدارة المال مع مراعاة ما يكون قد أتاه المدير الذي عينته من الأعمال وما يترتب علي أعماله من الحقوق له أو لغيره. وإذا عمد أحد الشركاء أو بعضهم إلى إدارة المال وسكت الآخرون كان تصرفه هذا مستندا إلى وكالة عنهم (م ٢/١٠٦٤ مدني عراقي)[٢].

---

(١) الملكية الشائعة في قوانين البلاد العربية – للدكتور عبد المنعم فرج الصده – ص١٦ و ١٧.
(٢) الحقوق العينية الأصلية – ١ – للأستاذ حامد مصطفى – المرجع السابق – ص١١٤ و١١٥.

من أحكام القضاء الحديثة:

١- الأصل أن إدارة الأموال الشائعة تكون من حق الشركاء مجتمعين ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك، فإذا تولي أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين عد وكيلا عنهم.

ويلتزم الوكيل بتقديم حساب علي إدارة عمله وحساب المبالغ التي قبضها علي ذمة موكله، كما يلتزم بأن يرد ما في يده من مال للموكل، وهو رصيد الحساب ونتيجته طوال فترة الوكالة، أي الإيراد الصافي المستحق للموكل في فترة إدارة الوكيل.

(نقض – جلسة ١٩٧٢/٤/١١ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٢٣ – ص٦٨٦)

٢- متي كان للعين المشتركة ريع، فلا محل مطلقا لاستئثار أحد الشركاء بالإنتفاع بالريع دون باقي الشركاء حتي يفصل في دعوى الحساب التي قد تستغرق زمنا طويلا. كذلك لا مبرر لإيداع الريع في خزائن الحكومة لما يرتب علي ذلك من حرمان الناس من أموالهم، إلا إذا وجد سبب مشروع يقتضي ذلك. ومن ثم فان العدالة تقتضي صرف صافي ريع العين للشركاء بمجرد تحصيله، ولا سبيل لتحقيق المساواة بين الشركاء في الإنتفاع بأموالهم في هذه الحالة إلا بتحديد نفقة لكل شريك يقدرها القاضي حسب ظروف الدعوى[١].

١- للحائز علي الشيوع أن يحمي حيازته بدعاوى الحيازة ضد المتعرض له فيها، سواء أكان هذا المتعرض شريكا معه أو تلقي الحيازة من هذا الشريك.

(نقض – جلسة ١٩٧٨/١/١٠مجموعة المكتب الفنى – السنة ٢٩ مدنى – ص١٣٤)

٣- المقرر في قضاء هذه المحكمة أن إدارة المال الشائع وفقاً لنص المادتين ٨٢٧، ٨٢٨ من القانون المدني حق للشركاء على الشيوع مجتمعين، ومع ذلك إذا تولى أحدهم الإدارة دون إعتراض من الباقين عد وكيلاً عنهم، وأن الطعن في المنازعات المتعلقة بتحديد أجرة الأماكن يعتبر من أعمال الإدارة ويحق لأى من الشركاء في ملكية العقار القيام به منفرداً، ويعد في هذه الحالة نائباً عن باقى الشركاء في الطعن، طالما أن أحداً منهم لم يعترض على هذا الإجراء.

(الطعن ٧٩٩ لسنة ٥٩ق جلسة ١٩٩٠/٢/١٤ س٤١ ص٤٩٢)

٤- إدارة المال الشائع حق للشركاء مجتمعين، تولى أحدهم الإدارة دون إعتراض الباقين. إعتباره وكيلاً عنهم. المادتان ٨٢٧، ٨٢٨ مدنى.

(الطعن ١٦٨ لسنة ٥٨ق جلسة ١٩٩٣/١١/٢١)

٥- أعمال إدارة المال الشائع التى يوافق على إجرائها الشركاء مجتمعين ملزمة لهم ولو كانت تخرج عن حدود الإدارة المعتادة.

(الطعن ٢٣٩١ لسنة ٥٩ق جلسة ١٩٩٤/٢/٣ س٤٥ ص٢٩٧)

---

(١) إستئناف مصر – جلسة ١٩٤٠/٤/١٨ – المحاماه – السنة ٢١ – ص٤٤٧.

٦- إقامة أحد الشركاء بناء على الأرض الشائعة بعلم باقى الشركاء ودون إعتراض منهم. إعتباره وكيلاً عنهم. أثره. شيوع ملكيته بينهم ولو لم يفوا بما عليهم من نفقات. للبانى الحق في إستردادها والفائدة طبقاً لأحكام الوالة أو إعمال المقاصة القانونية بين مالهم من ريع وما عليهم من نفقات.

من المقرر أن الأصل في الملكية الشائعة أنه إذا أقام أحد الشركاء بناء على الأرض الشائعة بعلم باقى الشركاء أو دون إعتراض منهم إعتبر وكيلاً عنهم وعد سكوتهم إقراراً لعمله، ويكون البناء ملكاً شائعاً بينهم ولو لم يفوا في حينه بما عليهم من نفقاته فذلك حق شخصى للبانى يستره مع الفائدة من وقت الإنفاق وفقاً لما يخضع له من أحكام الوكالة ولا ينشأ مع حقهم في التملك وثماره فالحقان مختلفان مصدراً وأثراً ولا يرتبطان مما يجعل أحدهم يزول بقيام الآخر أو يقوم بزواله، وقد تسوغ المقاصة بشروطها بين ما لهم من ريع وما عليهم من دين الإنفاق وفائدته.

(الطعن ٨٣ لسنة ٦٠ق جلسة ١٩٩٤/١٢/٧ س٤٥ ص١٥٤٩)

٧- ثبوت إستئجار أحد المتقاسمين حصة شائعة من سائر الشركاء بإجارة نافذة في حقهم جميعاً وخاضعة للتشريع الإستثنائى. مؤداه. سريان الإجارة في حق من آلت إليه هذه الحصة من الشركاء ما لم يكن المستأجر قد إلتزم في إتفاق لاحق على عقد القسمة بتسليم العين المؤجرة إليه تسليماً فعلياً.

إذا ثبت أن أحد المتقاسمين كان يستأجر من سائر الشركاء حصة شائعة بإجارة نافذة في حقهم جميعاً وخاضعة للتشريع الإستثنائى سرت إجارته في حق من آلت إليه هذه الحصة من الشركاء مالم يكن المستأجر قد إلتزم في إتفاق لاحق على عقد القسمة بتسليم العين المؤجرة تسليماً فعلياً وإرتضى بذلك إنهاء إجارته.

(الطعن ٢٧٤٨ لسنة ٦٤ق جلسة ١٩٩٥/٦/٢٨ س٤٦ ص٩٣٦)

٨- إن مفاد نص المادتين ٨٢٧، ٨٢٨ من القانون المدني أن حق تأجير المال الشائع يثبت للأغلبية المطلقة للشركاء، فمتى صدر الإيجار للعين كلها أو لجزء مفرز منها من أحد الشركاء دون أن تكون له أغلبية الأنصبة فإن الإيجار وإن وقع صحيحا ونافذا بينه وبين المستأجر منه إلا أنه لا يسري في حق باقي الشركاء ممن لم تصدر منهم الإجازة طالما لم يقروها صراحة أو ضمنا باعتبار أن الإيجار يقع في جزء منه على ملك الغير، فيحق لهؤلاء الشركاء أن يطلبوا إخراج المستأجر من أحدهم من العين كلها ومن أي جزء منها مهما صغر دون انتظار نتيجة القسمة.

(الطعن رقم ٤٣٦٩ ـ لسنة ٧٠ ق ـ تاريخ الجلسة ٢٨ / ١١ / ٢٠٠١)

٩- إذ كان الثابت في عقد البيع الخاص بالأرض المنزوع ملكيتها أنها شائعة بين المطعون ضدهم أولاً وثانياً و"...." ومن ثم فإن في إنفراد الأولين دون الأخير بإقامة الدعوى بطلب زيادة التعويض المقدر عن كامل الأرض المنزوع ملكيتها وإلزام الهيئة الطاعنة بدفعه – دون اعتراض منه على ذلك – ما يكفي بذاته لاكتمال صفتهم فى الدعوى لإندراج ذلك ضمن أعمال حفظ المال الشائع، ويصح بالتالي القضاء لهم بالتعويض عن كامل المساحة المنزوع ملكيتها.

(الطعن رقم ٤٨٦٢ ـ لسنة ٧٣ ق ـ تاريخ الجلسة ٢٢ / ٠٥ / ٢٠٠٥)

مادة (٨٢٨)

(١) ما يستقر عليه رأي أغلبية الشركاء في أعمال الادارة المعتادة يكون ملزما للجميع، وتحسب الأغلبية علي أساس قيمة الانصباء. فان لم تكن ثمة أغلبية فللمحكمة بناء علي طلب أحد الشركاء ان تتخذ من التدابير ما تقتضيه الضرورة، ولها ان تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع.

(٢) وللاغلبية ايضل ان تختار مديرا، كما ان لها ان تضع للادارة ولحسن الانتفاع بالمال الشائع نظاما يسرى حتى على خلفاء الشركاء جميعا سواء اكان عاما ام كان خاصا.

(٣) واذا تولى احد الشركاء الادارة دون اعتراض من الباقين عد وكيلا عنهم.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالاقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٨٣٧ ليبى و٧٨٣ سورى و١٠٦٤ عراقى ٧١٠ سودانى و٨٣٥ لبنانى.

الأعمال التحضيرية:

اذا كان الامر متعلقا باعمال الادارة المعتادة كايجار المال الشائع، فان اتفقت الاغلبية(على اساس قيمة الانصباء) على اختيار مدير من بين الشركاء او من غيرهم كان هو صاحب الشأن فى الادارة، ولهذه الاغلبية ان تقيد المدير فى ادارته بقواعد تضعها، وتسرى هذه القواعد على الجميع بما فيهم الاقلية، كما تسرى على خلفاء الشركاء سواء أكان الخلف عاما ام خاصا. اما اذا لم يختاروا مديرا، وتولى احد الشركاء الادارة دون اعتراض من الباقين، عد وكيلا عنهم، وهو على كل حال يكون فضوليا فيما لا يكون وكيلا وذلك فى حدود قواعد الفضالة.

فاذا لم يتول الادارة احد، وجب ان تكون الادارة للجميع، ولكن لا يشترط ان ينعقد الاجماع فيما بينهم، بل ما يستقر عليه راى الاغلبية(على اساس قيمة الانصباء دائما) يكون ملزما للجميع بما فيهم الاقلية التى خالفت هذا الراى، وليس لهذه الاقلية حق التظلم الى المحكمة ما دام الامر يتعلق بالادارة المعتادة. فان لم تكن هناك اغلبية، وشلت الادارة بسبب ذلك، كان لكل شريك ان يطلب من المحكمة المختصة (ويحسن النص على ان تكون المحكمة الجزئية التى يدخل فى دائرتها العقار) ان تبين من يدير المال الشائع من بين الشركاء او من غيرهم، وتتخذ المحكمة من الاجراءات الوقتية ما تقتضيه ضرورة المحافظة على المال[1].

رأى الفقه:

١- يخلص من نص المادة ٨٢٨ مدنى ان فى ادارة المال الشائع ادارة معتادة، لا تخلو الحال من ان تكون فى احد الفروض الثلاثة التالية:

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى - جزء ٦ - ص٨٦.

الاول – تولى احد الشركاء الادارة دون الاعتراض من الباقين – فى هذا الفرض يعتبر ان هناك وكالة ضمنية صدرت من باقى الشركاء الى الشريك الذى تطوع لادارة المال الشائع، فيكون هذا الشريك اصيلا عن نفسه ووكيلا عن باقى الشركاء فى ادارة المال الشائع ادارة معتادة. وتنفذ اعمال الادارة المعتادة التى تصدر منه فى حق الشركاء، فيكون ايجاره مثلا للمال الشائع نافذا فى حقهم، وكذلك قبضة للاجرة، وقيامه باعمال الصيانة، ودفعه الضرائب، وغير ذلك من اعمال الحفظ. وله ان يزرع الارض الزراعية، وان ينفق على الزراعة ما تقتضيه من مصروفات، وان يستأجر ما يلزم من سماد وبذور، وان يستأجر المواشى والالات الزراعية اللازمة. وان يحفظ المحصولات وبعد جمعها، ثم يبيعها فى الاسواق بأثمانها الجارية، وله كذلك، بدلا من زراعة الارض على الذمة، ان يؤجرها او ان يعطيها مزارعة. كل هذه اعمال تدخل فى حدود الادارة المعتادة وتكون نافذة فى حق سائر الشركاء.

ويجوز، بعد ان يتولى الشريك الادارة دون اعتراض من الباقين، ان يعترض على ادارته بعض الشركاء، فيكون ذلك بمثابة عزل له عن الوكالة الضمنية. فاذا كان الباقى من الشركاء ممن لهم ان يعترضوا على ادارته هم الاغلبية بحسب حصصهم فى المال الشائع، ويدخل فى ذلك حصته هو، بقى الشريك متوليا الادارة، ولكن باعتباره معينا من قبل الاغلبية، فتسرى اعمال ادارته فى حق المعترضين على اساس انه يمثل الاغلبية. اما اذا اعترض على ادارته من الشركاء من تكون حصصهم فى المال الشائع لا تقل عن النصف، فانه لا يصبح ممثلا للاغلبية، ومن ثم لا يستطيع المضى فى ادارته ويجب عليه ان يتنحى.

الثانى – تولى اغلبية الشركاء للادارة – فاذا كانت هناك اغلبية من الشركاء، على اساس قيمة الانصباء، متفقة على الوجه الذى يدار به المال الشائع، فهذه الاغلبية هى التى تدير هذا المال، ولو كانت شخصا واحدا من الشركاء يملك اكثر من نصف المال الشائع. وليس لباقى الشركاء مهما كان عددهم ان يعترضوا على ادارة الاغلبية ما دامت لم تخرج على حدود الادارة المعتادة، وليس للاقلية ان تعترض الا اذا كانت الاغلبية قد تعسفت فى استعمال حقها فى الادارة، وراعت مصالحها واهدرت مصالح الاقلية لا سيما اذا كانت الاغلبية عددا قليلا من الشركاء او كانت شريكا واحدا فقط. وهناك ملجأ آخر تلوذ به الاقلية: لايلوذ به اى شريك، وهو طلب القسمة للخروج من الشيوع.

وقد ترى الاغلبية الا تدير المال الشائع بنفسها، فيكون هذا الوكيل نائبا عن الاغلبية فى حدود الادارة المعتادة واعمال الادارة التى يقوم بها تكون نافذة فى حق الجميع. فقد ترى الاغلبية عدم اطلاق يد هذا الوكيل. بل تضع نظاما يكفل حسن الانتفاع بالمال الشائع وادارته على وجه مرضى، فيصبح هذا النظام ملزما لجميع الشركاء. وملزما للوكيل الذى اختارته الاغلبية، وملزما لمن يخلف الشركاء من خلف عام كالوارث ومن خلف خاص كالمشترى. وقد يتضمن هذا النظام قيودا على سلطة الوكيل، فلا يستطيع مثلا ان يؤجر المال الشائع لاكثر من سنة، او يلزم بايداع ريع

المال فى مصرف معين، وهذا النظام قابل للتعديل، ويعد له من يملك وضعه، فيجوز لاغلبية الشركاء.

الثالث– عدم توافر اغلبية من الشركاء لادارة المال الشائع – فاذا لم تتوافر اغلبية من الشركاء، بحسب قيمة الانصباء، لادارة المال الشائع. بل تعارضت ميولهم واختلف اتجاهاتهم دون ان تخلص منهم اغلبية، لم يبق الامر الى المحكمة الكلية او الجزئية بحسب النصاب – وعلى المحكمة ان تأمر باتخاذ الاجراءات والتدابير التى تقتضيها الضرورة، فقد تامر بايجار الارض الزراعية لمن يتقدم لاستئجارها باجرة مناسبة خوفا من فوات الصفقة، وتندب لذلك احد الشركاء لابرام عقد الايجار. وقد تعين المحكمة عند الحاجة مديرا للمال الشائع من الشركاء او من غيرهم، ويكون لهذا المدير سلطة الحارس القضائى، فيقوم باعمال الادارة المعتادة، ويقدم الحساب للشركاء. وذلك كله الى ان يعود الشركاء او اغلبيتهم الى الاتفاق وعند ذلك ينتحى المدير الذى اختارته المحكمة. او الى ان تتم اجراءات قسمة المال الشائع اذا طلب احد الشركاء القسمة[١].

٢– يتضح من نص المادة ٨٢٨ مدنى انه كان الامر متعلقا باعمال الادارة، كايجار المال الشائع، فاذا اتفقت الاغلبية (على اساس قيمة الانصبة) على اختيار مدير من بين الشركاء او من غيرهم كان هو صاحب الشأن فى الادارة. ولهذه الاغلبية ان تقيد المدير فى ادارته بقواعد تضعها، وتسرى هذه القواعد على الجميع بما فيهم الاقلية، كما تسرى على خلفاء الشركاء سواء اكان الحلف عاما ام خاصا. اما اذا لم يختاروا مديرا، وتولى احد الشركاء الادارة دون اعتراض الباقين (الاغلبية) عد وكيلا عنهم.

فاذا لم يتول الادارة احد وجب ان تكون الادارة للجميع، ولكن الا يشترط ان ينعقد الاجتماع فيما بينهم، بل ما يستقر عليه رأى الاغلبية (على اساس قيمة الانصبة دائما) يكون ملزما للجميع بما فيهم الاقلية التى خالفت هذا الراى. وليس لهذه الاقلية حق التظلم الى المحكمة ما دام الامر يتعلق بالادارة المعتادة. فان لم تكن هناك اغلبية، وشلت الادارة بسبب ذلك، كان لكل شريك ان يطلب من المحكمة ان تعين من يدير المال الشائع من بين الشركاء او من غيرهم. وتتخذ المحكمة من الاجراءات الوقتية ما تقتضيه ضرورة المحافظة على المال.

اما اذا قام احد الشركاء بالتأجير، حيث لا يكون له الحق فى ذلك، وحيث لا يمكن اعتباره وكيلا عن الباقين، لم ينفذ هذا الايجار فى حق سائر الشركاء، سواء اجر الشريك المال كله او جزءا منه ولو كان هذا الجزء معادلا لحصته ويترتب على ذلك ان لسائر الشركاء اعتبار الايجار غير قائم بالنسبة لهم، واعتبار المستأجرين من احدهم منعرضا اذا كان قد حاز المال بالفعل، واخراجه من العين دون حاجة الى انتظار لنتيجة القسمة.

---

(١) الوسيط – جزء ٨ – للدكتور السنهوري – المرجع السابق – ص٨٢٤ وما بعدها، وحق الملكية – جزء ١ – للدكتور محمد على عرفه – المرجع السابق – ص٣٨٢ وما بعدها.

وهذا الحكم واجب الاتباع، سواء اجر احد الشركاء المال كله او جزءا منه، وسواء اجر جزءا مفرزا او حصة شائعة، حتى لو كانت هذه الحصة هى التى يملكها الشريك المؤجر بالفعل، فعقد الايجار فى هذه الحالات جميعا يكون غير نافذا فى مواجهة سائر الشركاء. ذلك ان الايجار الصادر من احد الشركاء يقع فى جزء منه على ما يملكه الشريك المؤجر وفى جزء آخر ما يملكه سواه، اى ان الايجار يقع فى جزء منه على ملك الغير.

اما فيما بين المؤجر والمستأجر فان العقد يكون صحيحا، فلا يجوز لاحدهما ابطاله، فلا يجوز للمؤجر ذلك ولو بحجة اعتراض سائر شركائه على الاجارة، ولا يجوز للمستأجر ان يطلب ابطاله بحجة ان حقه فى الانتفاع مهدد باعتراض سائر الشركاء. فاذا تمكن المؤجر من ان يسلم العين الى المستأجر ولم يتعرض لهذا الاخير احد فى انتفاعه، لم يجز له طلب الفسخ ما دام منتفعا بالعين، الا ان حق المستأجر مهدد بالزوال لاحتمال تعرض المشتاعين له فى حيازته(١).

٣- يظهر من نص المادة ٨٢٨ مدنى ان الاغلبية المطلقة للشركاء، اى الشركاء الذين يملكون ما يزيد عن نصف المال الشائع، لهم ان يقوموا مجتمعين باتخاذ الاجراء او ابرام التصرف الذى يلزم لادارة المال الشائع، كالاتفاق على تأجير الشئ، فيكون عقد الايجار ساريا على جميع الشركاء. وقد يتم اتفاق الاغلبية على تعيين مدير للمال الشائع يكون وكيلا عنها وتسرى التصرفات التى يبرمها على جميع الشركاء. وقد يتم اتفاق الاغلبية على تعيين مدير للمال الشائع يكون وكيلا عنها وتسرى التصرفات التى يبرمها على جميع الشركاء ايضا كما يلتزمون بنتائج اعماله، كما ان للاغلبية ان تضع نظاما للادارة لتحقيق الانتفاع بالمال الشائع يسرى – كما يقول نص المادة ٨٢٨ مدنى – على خلف الشركاء، عاما كان او خاصا.

ولم ينظم القانون لأقلية الشركاء طريقا خاصا للتظلم من قرارات الاغلبية بالنسبة لأعمال الادارة المعتادة. على غرار ما فعل بالنسبة لأعمال الادارة غير المعتادة.

وقد تناول نص المادة ٨٢٨ مدنى فرض عدم توافر اغلبية يؤخذ برأيها فى ادارة المال الشائع، فجعل لكل شريك حق الالتجاء الى القضاء ليطلب من المحكمة ان تتخذ من الاجراءات ما يلزم لعدم تعطيل الانتفاع بالمال الشائع، ولمحكمة عندئذ ان تكلف الشريك الذى لجأ اليها بالادارة، او ان تأمر باتخاذ ما يلزم من الاجراءات للمحافظة على مصالح الشركاء، أو تعين مديرا للمال الشائع. فان سكت شركاؤه ولم يعترضوا على ادارته، عد وكيلا عنهم فيما يقوم به من اعمال الادارة.

ويلاحظ ان عدم قدرة الشريك منفردا على القيام بأعمال الادارة لا يعنى تعطيل هذه الادارة، ولو لم يتم اتفاق الاغلبية على تنظيم هذه الادارة، وقد اشرنا الى حكم المادة ٨٢٨ مدنى التى تجعل لكل شريك ان يلجأ الى القضاء لاتخاذ التدابير اللازمة لكفالة هذه الادارة، كما انها تقضى باعتبار الشريك الذى ينفرد فى الادارة، وكيلا عن الشركاء ان لم يعترضوا على ما يقوم به من اعمال، وقد كانت الحال غير هذا فى ظل القانون المدنى السابق، اذا كان يجب اتفاق جميع الشركاء على كل عمل من اعمال

(١) الحقوق العينية الأصلية – للدكتور عبد المنعم البدراوى – المرجع السابق – ص١٤٥ وما بعدها.

ادارة المال الشائع. ولذا عملت محكمة النقض على تجنب ما كان يمكن ان يترتب على معارضة شريك واحد من تعطيل استغلال المال الشائع، فذهبت فى احكامها الى ما قد يقوم به الشريك منفردا من اعمال الانتفاع التى تمس حقوق الشركاء الاخرين، كوضع يده على جزء مفرز من ارض مملوكة على الشيوع او اقامته بناء على هذه الارض، او تاجير مفرز منها، غير قابل للاعتراض عليه من قبل الشركاء الاخرين الا عن طريق دعوى حساب او طلب قسمة المال المملوك على الشيوع، وبذلك كانت تجعل للشريك ان يقوم منفردا باعمال تمس حقوق شركائه فى الملك، تخلصا من قيد اتفاق جميع الشركاء على ادارة الملك الشائع، ولعدم وجود تنظيم لتدخل القضاء، بناء على طلب الشريك، لكفالة ادارة الملك الشائع عند اختلاف الشركاء.

واذا كانت الغاية العملية من مثل هذا القضاء، فى ظروف النظام القانونى لادارة الملك الشائع، فى ظل القانون المدنى السابق، غاية محمودة، فان احكام محكمة النقض، كانت خروجا على احكام القانون، وعلى اى حال فلم يسر ادراة الملك الشائع باتفاق اغلبية الشركاء، او بامر القضاء، بناء على طلب احدهم[١].

٤- الاغلبية التى نصت عليها المادة ٨٢٨ مدنى تعنى من يملكون اكثر من نصف الانصبة بصرف النظر عن عددهم، فيمكن ان يكونوا من حيث عدد الاشخاص اقلية بل يمكن ان تتوافر الاغلبية المطلوبة لشريك واحد. وللاغلبية هذه ان تتولى بنفسها عملا من اعمال الادارة المعتادة، كتأجير الشئ ويكون الايجار صحيحا ونافذا فى حق الجميع، سواء قبل القسمة او بعدها وايا كانت النتيجة التى تترتب على القسمة. ولهذه الاغلبية ايضا، بدلا من ان تتولى الادارة بنفسها، ان تعين مديرا، من بين الشركاء او من الغير، فتصبح اعمال المدير صحيحة ملزمة للجميع. وللاغلبية ايضا ان تضع نظاما للادارة ولحسن الانتفاع بالشئ، فيما عدا قسمة المهايأة التى يجب ان تتم بموافقة الشركاء جميعا. يكون هذا النظام ملزما لجميع الشركاء ولخلف كل منهم سواء كان الحلف عاما كالوارث او خاصا كمن يشترى الحق الشائع لأحد الشركاء.

وليس للاقلية ان تتظلم الى المحكمة من قرارات الاغلبية، الا فى احوال التعسف فى استعمال الحق وفقا للقواعد العامة، ذلك ان المشرع لم ينظم رقابة خاصة على قرارات الاغلبية فيما يتعلق باعمال الادارة المعتادة على خلاف اعمال الادارة غير المعتادة.

واذا لم يتفق اغلبية الشركاء على رأى فى القيام بما يلزم لادارة الشئ الشائع ادارة معتادة، فلكل شريك منعا لتعطيل الانتفاع ان يطلب من المحكمة ان تتخذ من التدابير ما تقتضيه الضرورة، كأن تأمر بتأجير الشئ، او تاذن لهذا الشريك بالاتفاق على الارض التى يزرعها الشركاء الى ان يتم نضج المحصول او تأمر ببيع المحصول، او ان مديرا يتولى كل ما يلزم للادارة[٢].

---

(١) حق الملكية – للدكتور جميل الشرقاوى – المرجع السابق – ص١١٩ وما بعدها.
(٢) حق الملكية – للدكتور منصور مصطفى منصور – المرجع السابق – ص١٤٠ وما بعدها.

٥- الاصل وجوب اجماع الشركاء على الشيوع على الاعمال المتعلقة بالانتفاع بالشئ الشائع، وهى الاعمال التى اطلق عليها القانون ادارة المال الشائع، فيستطيع الشركاء مجتمعين ان يقرروا الانتفاع بالمال الشائع على اى وجه يرون.

ولكن خروجا عن هذا الاصل يجوز تخويل الانتفاع بالشئ الشائع كله او بعضه لشريك او اكثر من الشركاء وهو ما يتحقق فى حالة تعيين مدير، وفى حالة قسمة المهاياة، كما ان القانون ذاته يخول لأغلبية الشركاء بادارة المال الشائع.

ولا شك ان الشركاء الذين لهم الانتفاع بالمال الشائع مجتمعين و لهم ان يعينوا مديرا لادارة هذا المال لحسابهم. ولهم فى سبيل ذلك ان يختاروا احدهم مديرا، كما لهم ان يختاروا المدير اجنبيا عنهم، واتفاق الشركاء على تعيين المدير قد يكون ضمنيا، كما لو تولى احدهم الادارة وعلم الباقون بذلك ولم يعترضوا. ولكن القانون توقع انه قد يتعذر اجماع الشركاء على ادارة المال الشائع، ولذلك اجاز لأغلبيتهم ان تختار مديرا لهذا المال (م ٨٢٨/٢ مدنى). والمقصود بالاغلبية هنا الاغلبية المطلقة لقيمة الانصبة، اى الشريك او الشركاء الذين يملكون اكثر من نصف المال الشائع، اذا تعذر الحصول على قرار من الاغلبية بشأن الانتفاع بهذا المال، وطلب منها احد الشركاء ان تتخذ التدابير ما تقتضيه الضرورة، منعا لتعطيل الانتفاع (م٨٢٨/٢مدنى).

فاذا كان المدير معينا من قبل الشركاء، فسلطاته تتحدد فى قرار تعيينه، اما اذا كان القاضى هو الذى عين المدير، فتكون له سلطة الحارس القضائى، وهى سلطة تخوله القيام باعمال الادارة التى تجوز للوكيل كالتأجير لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات، ووفاء الديون واستيفاء الحقوق وبيع المحصول وشراء ما يستلزمه استغلال الشئ الشائع(١).

٦- اذا اتفق الشركاء جميعا على تنظيم معين لادارة المال الشائع كان هذا التنظيم هو الواجب الاتباع، سواء تعلق باعمال الادارة المعتادة او غير المعتادة. ويعدل هذا ان يتفقوا على شخص ينوب عنهم فى الادارة، سواء كان هذا الشخص واحدا من بينهم او كان اجنبيا عنهم، وقد يكون هذا الاتفاق ضمنيا يستخلص من الظروف، فاذا تولى احد الشركاء الادارة دون اعتراض من الباقين عد وكيلا عنهم (م ٣٢٨/٣ مدنى).

واعمال الادارة المعتادة هى تلك التى لا تنطوى على تغيير اساسى او تعديل فى الغرض الذى اعد له المال الشائع، كالايجار، وقد خول الشارع فى التقنينات العربية (الليبى والسورى والعراقى واللبنانى) اغلبية الشركاء العادية سلطة القيام بهذه الاعمال، وتحسب الاغلبية على اساس قيمة الانصبة.

فلهذه الاغلبية ان تختار مديرا من بين الشركاء او من غيرهم، فيكون هو صاحب الشأن فى اعمال الادارة المعتادة. كما ان لها ان تصنع للادارة ولحسن الانتفاع بالمال الشائع نظاما يتقيد به المدير، وفى هذه الحالة يسرى هذا النظام على جميع الشركاء، كما يسرى على خلفائهم جميعا سواء اكان الخلف عاما ام كان خاصا، فما يستقر عليه رأى الاغلبية فى هذا الشأن يكون ملزما للجميع بما فيهم الاقلية التى خالفت هذا الرأى.

---

(١) الحقوق العينية الأصلية (موجز) – للدكتور محمد لبيب شنب – المرجع السابق – ص ٢٧٤ وما بعدها.

ومقتضى هذا ان تنوب اغلبية الشركاء نيابة قانونية عن الاقلية. وليس لهذه الاقلية ان تتظلم الى المحكمة ما دام الامر يتعلق بالادارة المعتادة، وذلك فيما عدا احوال التعسف فى استعمال الحق.

واذا لم تتوفر الاغلبية وادى هذا الى تعطيل الادارة جاز لأى من الشركاء ان يطلب من المحكمة المختصة ان تتخذ من التدابير ما تقتضيه الضرورة، وللمحكمة ان تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع من بين الشركاء او من غيرهم(١).

٧- قد يتفق الشركاء على طريقة لادارة المال الشائع، فاذا كان هناك مثل هذا الاتفاق وجب اعمال.

واذا تعذر هذا الاتفاق، وتولى احد الشركاء ادارة المال الشائع، شريطة ان يدخل هذا العمل فى اعمال الادارة المعتادة، ولم يعترض الشركاء عد وكيلا عنهم، فاذا اعترض نفر منهم بعد مباشرة عمله ولم يكن مجموع المعترضين مالكين لنصف المال الشائع، فان ما قام به الشريك من اعمال يسرى فى حق المعترضين على اساس انه يمثل الاغلبية، اما اذا اعترض على ادارته من الشركاء من تكون حصصهم فى المال الشائع لا تقل عن النصف، فانه لا يصبح ممثلا للاغلبية، ومن ثم فانه لا يستطيع المضى فى ادارته وعليه ان يتنحى.

ويقصد باعمال الادارة المعتادة الاعمال التى تهدف الى استعمال المال او استغلاله بغية الحصول على ثماره دون ان يكون من شأنها احداث تغيير اساسى فى هذا المال او فى الغرض منه.

فيعتبر من اعمال الادارة المعتادة زراعة الارض – اذا كانت الارض مثلا هى محل الملكية – وشراء ما يلزم لها من سماد وبذور، وحفظ المحصولات بعد جمعها وبيعها بعد ذلك بالسعر الجارى فى السوق. واذا كان المال المملوك على الشيوع منزلا، فمن اعمال الادارة المعتادة تأجيره مثلا بقصد استغلاله.

فاذا لم يقم احد من الشركاء بادارة المال الشائع – اذا كانت من قبيل الادارة المعتادة – وتعذر اتفاق الشركاء جميعا على طريقة لادارة المال الشائع، تولى اغلبية الشركاء ادارته. والاغلبية المقصودة هنا هى الاغلبية المطلقة، اى المالكة لأكثر من نصف المال الشائع. فاذا توافر ذلك ولو فى واحد فقط من الشركاء على الشيوع كان له القيام باعمال الادارة المعتادة. وليس للاقلية ان تعترض الا اذا اتفقت الاغلبية فى استعمال حق الادارة ورأت مصالحها مهدرة حق الاقلية.

وللاغلبية – وفقا للتحديد المتقدم – ان تختار مديرا يتولى ادارة المال الشائع، والقيام باعمال الادارة المعتادة، ويعتبر هذا المدير عندئذ وكيلا عنهم، وللاغلبية ان تضع نظاما يسير عليه المدير فى الادارة، فلها ان تقيد سلطاته كأن تعطى له الحق فى التأجير لمدة سنة واحدة مثلا.

واذا لم يتفق اغلبية الشركاء على طريقة لادارة المال الشائع، فلأى منهم ان يرفع الامر الى المحكمة، وتتخذ المحكمة عندئذ من التدابير ما تراه ضروريا، فيكون لها ان

---

(١) الملكية في البلاد العربية – الجزء ٢ – للدكتور عبد المنعم فرج الصده – ص١٦ وما بعدها، والملكية العقارية في العراق – الأستاذ حامد مصطفى – ص١١٤ وما بعدها.

تؤجر فعلا الارض الزراعية لمن يرغب فى استئجارها، او المنزل لمن يرغب فى سكنه. وتندب المحكمة لذلك احد الشركاء يتولى ابرام عقد الايجار. وللمحكمة ايضا ان تعين مديرا يتولى ادارة المال الشائع تكون له صفة وسلطات الحارس القضائى[١].

من أحكام القضاء الحديثة:

١- مجال تطبيق احكام ادارة المال الشائع الواردة بالمالدة ٨٢٨ وما بعده من القانون المدنى يختلف عن مجال تطبيق احكام الحراسة على منقول او عقار قام فى شانه نزاع، وكانت قد تجمعت لدى صاحب المصلحة فيه من الاسباب ما يخشى معه خطرا عاجلا من بقاء المال تحت يد حائزه، فان الحكم فى شأن هذا النزاع يدخل فيما نصت عليه المواد ٧٢٩ وما بعدها من القانون المدنى بشأن الحراسة، ويكون تعيين ذوى الشأن جميعا، فاذا لم يتفقوا تولى القاضى تعيينه، وذلك وفقا للمادة ٧٣٢ من القانون المدنى. واذن فمتى كانت واقعة الدعوى هى قيام نزاع بين ورثة بائع وورثة مشتر على ادارة اعيان واطيان التركة التى وقع البيع على جزء شائع فيها، وذلك بسبب منازعة المشترى فى قسمة هذه الاطيان مما اقتضى تعيين البائع حارسا قضائيا على كافة عقارات التركة ثم ضم حارس فى الحراسة اليه، وكانت المحكمة الاستئنافية قد طبقت احكام الحراسة فى شأن هذا النزاع، فان النعى على الحكم بالخطأ فى القانون لعدم تطبيق المادة ٨٢٨ من القانون المدنى يكون فى غير محله.

(جلسة ١٩٥٥/١٢/٢٩ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٦ – مدني – ص١٦١٢)

٢- تقضى المادة ٣/٨٢٨ من القانون المدنى بانه " اذا تولى احد الشركاء الادارة دون اعتراض من الباقين عد وكيلا عنهم ". ومفاد هذا النص ان تعتبر هناك وكالة ضمنية قد صدرت الى الشريك الذى تطوع لادارة المال الشائع من باقى الشركاء، ويعد هذا الشريك اصيلا عن نفسه ووكيلا عن باقى الشركاء فى ادارة المال الشائع ادارة معتادة، فتنفذ الاعمال التى تصدر منه فى حق الشركاء الباقين، سواء ما كان منها عملا ماديا او تصرفا قانونيا تقتضيه لادارتها ما يعتبر معه هذا الشريك فى مفهوم المادة ٢/٧٠١ مدنى وكيلا عن باقى الشركاء وكالة عامة بالادارة، وهى تشمل بيع الشريك للمحصول الناتج من الارض الزراعية المشتركة وقبض الثمن بوصفه تصرفا تقضيه الادارة ، فللشريك اثبات حصول هذا التصرف.

(نقض – جلسة ١٩٦٩/١١/١٨ – المرجع السابق – السنة ٢٠ ص١٢٠٦)

٣- اذا كان مفاد المادتين ٨٢٧ و٨٢٨ من القانون المدنى ان حق تأجير المال الشائع يثبت للاغلبية المطلقة للشركاء، فمتى صدر الايجار للعين كلها او لجزء مفرز منها من احد الشركاء دون ان تكون له اغلبية وبين المستأجر منه، الا انه لا يسرى فى حق باقى الشركاء ممن لم تصدر منهم الاجارة طالما لم يقررها صراحة او ضمنا، اعتبارا بأن الايجار يقع فى جزء منه على ملك الغير، فيحق لهؤلاء الشركاء ان يطلبوا

---

(١) الحقوق العينية الأصلية – للدكتور محمد على عمران – ص٣٠١، ٣٠٢.

اخراج المستأجر من احدهم من العين كلها ومن اى جزء منها مهما صغر دون انتظار نتيجة القسمة.

(نقض – جلسة ١٩٧٧/١٢/٢١ – المرجع السابق – السنة ٢٨ ص١٨٤٦)

٤– ان مفاد المادة ٨٢٨ من القانون المدنى ان حق تأجير المال الشائع يثبت للاغلبية المطلقة للشركاء محسوبة على اساس الانصباء، ولا يثبت لأحد المشتاعين بمفرده طالما انه لا يملك اكثر من نصف الانصباء، وان الايجار الصادر من احد الشركاء متى كان لا يملك اكثر من نصف الانصبة لا يسرى فى مواجهة باقى الشركاء الا اذا ارتضوه صراحة او ضمنا. وانه يترتب على عدم سريان الاجار من احد المشتاعين فى مواجهة الباقين ثبوت الحق لهؤلاء فى اعتبار المستأجر معترضا لهم فيما يملكون اذا كان قد وضع يده بالفعل على العين.

(نقض – جلسة ١٩٧٨/٢/١ – المرجع السابق – السنة ٢٩ – ١ – ص٣٧٥)

٥– مفاد المادة ١/٦٠١ من القانون المدنى ان الايجار لا ينتهى بموت المؤجر و بل تنتقل الحقوق والالتزامات الناشئة عنه الى ورثته، وكان مؤدى المادتين ٨٢٧ و٨٢٨ من ذات القانون ان ادارة المال الشائع تكون من حق الشركاء مجتمعين ما لم يتفقوا على خلاف ذلك، واذا تولى احد الشركاء الادارة دون اعتراض من الباقين، عد وكيلا عنهم.

(نقض – جلسة ١٩٧٨/٦/٢١ – المرجع السابق – ص١٥٠٥)

٦– مفاد المادة ٨٢٨ من القانون المدنى ان حق تأجير المال الشائع يثبت للاغلبية الطلقة للشركاء محسوبة على اساس الانصباء ولا يثبت لأحد المشتاعين بمفرده طالما انه لا يملك اكثر من نصف الانصباء وان الايجار الصادر من احد الشركاء متى كان لا يملك اكثر من نصف الانصبة لا يسرى فى مواجهة باقى الشركاء الا اذا ارتضوه صراحة، وانه يترتب على عدم سريان الايجار من احد المشتاعين فى مواجهة الباقين اعتبار الايجار غير قائم بالنسبة لهم وبالتالى اعتبار المستأجر متعرضا لهم فيما يملكون اذا كان قد وضع يده بالفعل على العين.

(جلسة ١٩٧٨/٢/١ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٢٩ – مدنى – ص٣٧٥)

٧– النص في المادتين ٨٢٨، ٨٢٩ من القانون المدني يدل على أنه إذا تعدد ملاك العقار الشائع فإنه يحق لمن يملك أغلبية الأنصباء فيه أن يؤجره للغير بوصفه من أعمال الإدارة المعتادة. أما إذا كان الأمر يتعلق بإدخال تغييرات أساسية أو تعديل في الغرض الذى أعد له المال بما يخرج عن حدود الإدارة المعتادة فإنه يحق لمن يملكون ثلاثة أرباع هذا المال إتخاذ القرار المناسب في هذا الشأن ويكون قرارهم نافذ قبل الأقلية.

(الطعن رقم ٢٢٩٩ لسنة ٥٤ق جلسة ١٩٩٠/٥/٢٣)

٨– تأجير المال الشائع حق للأغلبية المطلقة للشركاء بحسب الأنصباء ٨٢٨ مدني.

(الطعن رقم ٣٣٤ لسنة ٥٨ق جلسة ١٩٩٢/١٢/٣٠)

٩- إدارة المال الشائع. تولى أحد الشركاء إدارته دون إعتراض الباقين. إعتباره وكيلاً عنهم، الإيجار الصادر من شريك لا يملك برضائهم صراحة أو ضمناً. أثر ذلك ثبوت الحق لهم فى إعتبار الإيجار غير قائم بالنسبة لهم. ٣/٨٢٨ مدني.

(الطعن رقم ١٥٢٨ لسنة ٥٧ق جلسة ١٩٩٣/١/٧)

١٠- الإتفاق على إدارة المال. مقتضاه. تسليم المدير المال محل الإدارة عليه. بقاء ملكية الرقبة لصاحبها وفقدانه سلطة الإدارة التى عهد بها إلى غيره. ليس له إسترداد هذا المال مادام الإتفاق على الإدارة قائماً. مثال " في إصلاح زراعى".

(الطعن رقم ٣١٢ لسنة ٦٠ق جلسة ١٩٩٤/٦/٩ س٤٥ ص٩٧٤)

١١- الإدارة المعتادة للمال الشائع. لأغلبية الشركاء القيام بها. ليس لباقى الشركاء الإعتراض عليها أعمال الإدارة غير المعتادة. حق لمن يملكون ثلاثة أرباع المال الشائع. م١/٨٢٨، ١/٨٢٩ مدني. إقامة المالكة لحصة شائعة تقل عن ثلاثة أرباع المال بناء على العقار الشائع. عمل من أعمال الإدارة غير المعتادة.

(الطعن ٣٩٥٢ لسنة ٦٦ق جلسة ١٩٩٧/١٢/٢٧ س٤٨ ص١٥٥٨)

١٢- تولى أحد الشركاء إدارة المال الشائع دون إعتراض الباقين. إعتباره وكيلاً عنهم. أثره. عدم سريان التقادم بينه وبينهم طوال مدة قيام الوكالة. تمسك الطاعنين بأن مورثى المطعون ضدهم كانوا يضعون اليد على أعيان التركة التى يطالبون بحصصهم الميراثية فيها لحساب جميع الورثة وأن مدة التقادم لم تبدأ إلا بعد أن نازعوهم في حقوقهم بعد وفاة مورثيهما في سنتى ٨١، ١٩٨٤. إحتساب الحكم المطعون فيه بداية مدة التقادم من تاريخ وفاة المورث الأصلى في سنة ١٩٤٦ وقضاؤه بعدم سماع الدعوى ملتفتاً عن هذا الدفاع الجوهري. قصور.

إذ كان الثابت في الأوراق أن الطاعنين قد تمسكوا في دفاعهم أمام محكمة الموضوع بدرجتيها بأن مورثى المطعون ضدهم الثلاثة عشر الأوائل كانوا يضعون اليد على أعيان التركة التى يطالبون بحصصهم الميراثية فيها، وذلك لحساب جميع الورثة وأنهما كانا يسلمان الطاعنة الأولى ومورثة باقى الطاعنين قيمة الريع المستحق عن نصيبها في العقارات محل النزاع، وأن مدة التقادم لم تبدأإلا بعد أن نازعهم المطعون ضدهم الثلاثة عشر الأوائل في حقوقهم بعد وفاة مورثيهما في سنتى ١٩٨١، ١٩٨٤ فأقاموا دعواهم في أبريل سنة ١٩٨٤ وركنوا في التدليل على ذلك الى ما خلص إليه الخبيران المنتدبان من محكمتى أول وثاني درجة في تقريرهما، والى أقوال اشهود الذين سمعهم الخبير الأول وإذ كانت المادة ٣/٨٢٨ من القانون المدني تقضى بأنه إذا تولى أحد الشركاء إدارة المال الشائع دون إعتراض من الباقين عد وكيلاً عنهم فإن مفاد ذلك أن تعتبر هناك وكالة ضمنية قد صدرت إلى الشريك الذى تطوع لإدارة المال الشائع من باقى الشركاء، ومن ثم فلا يسرى التقادم فيما بين هؤلاء الأخيرين بإعتبارهم موكلين وبين ذلك الشريك طوال مدة قيام الوكالة وفقاً لصريح نص الفقرة الأولى من المادة ٣٨٢ من القانون المدني، غير أن الحكم المطعون فيه قد إنتهى إلى حساب بداية مدة التقادم في حق الطاعنين من تاريخ وفاة المورث الأصلى في سنة ١٩٤٦

وقضى تبعاً لذلك بعدم سماع دعواهم وفقاً لحكم المادة ٩٧٠ من القانون المدني ملتفتاً عما أثاروه في دفاعهم سالف البيان ولم يرد عليه رغم أنه دفاع جوهري لو صح قد يتغير به وجه الرأي في الدعوى. فإنه يكون قد شابه قصور في التسبيب.

(الطعن ٣٧١٩ لسنة ٦١ق جلسة ١٩٩٧/١/٤ س٤٨ ص٧٨)

١٣- إن مفاد نص المادتين ٨٢٧، ٨٢٨ من القانون المدني أن حق تأجير المال الشائع يثبت للأغلبية المطلقة للشركاء، فمتى صدر الإيجار للعين كلها أو لجزء مفرز منها من أحد الشركاء دون أن تكون له أغلبية الأنصبة فإن الإيجار وإن وقع صحيحا ونافذا بينه وبين المستأجر منه إلا أنه لا يسري في حق باقي الشركاء ممن لم تصدر منهم الإجازة طالما لم يقروها صراحة أو ضمنا باعتبار أن الإيجار يقع في جزء منه على ملك الغير، فيحق لهؤلاء الشركاء أن يطلبوا إخراج المستأجر من أحدهم من العين كلها ومن أي جزء منها مهما صغر دون انتظار نتيجة القسمة.

(الطعن رقم ٤٣٦٩ـ لسنة ٧٠ ق ـ تاريخ الجلسة ٢٨ / ١١ / ٢٠٠١)

١٤- النص فى الفقرة الاولى من المادة ٨٢٨ من القانون – مفاده – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – ان من يملك اكثر من نصف المال الشائع – ولو كان شخصا واحدا – له حق ادارته المعتادة بتاجيره او انهاء اجارته..... ويكون التصرف ملزما لباقى الشركاء الذين ليس لهم حق الاعتراض على رأى الاغلبية.

(الطعن رقم ١٢٨٩ ـ لسنة ٧٢ ق ـ تاريخ الجلسة ٢٤ / ٠٥ / ٢٠٠٤)

١٥- النص في المادة ٨٢٨ من القانون المدني ـ- يدل وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية ـ- أنه إذا كان الأمر متعلقاً بأعمال الإدارة المعتادة كإيجار المال الشائع، فإنه إذا اتفقت الأغلبية على اختيار مدير من بين الشركاء أو غيرهم كان هو صاحب الشأن في الإدارة، أما إذا لم يختاروا مديراً وتولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين عد وكيلاً عنهم وتنفذ أعمال الإدارة المعتادة التي تصدر منه في حق الشركاء.

(الطعن رقم ٨٨٤ ـ لسنة ٧٢ ق ـ تاريخ الجلسة ١٩ / ١٠ / ٢٠٠٥)

١٦- لما كان النص في المادة ٨٢٨ من القانون المدني على أنه" ما يستقر عليه رأي أغلبية الشركاء في أعمال الإدارة المعتادة يكون ملزما للجميع وتحسب الأغلبية على أساس قيمة الأنصباء ..... وإذا تولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين عد وكيلا عنهم "يدل – وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للقانون المدني – على أنه إذا كان الأمر متعلقا بأعمال الإدارة المعتادة كإيجار المال الشائع فإنه إذا اتفقت الأغلبية على اختيار مدير من بين الشركاء أو من غيرهم كان هو صاحب الشأن في الإدارة أما إذا لم يختاروا مديرا أو تولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين عد وكيلا عنهم مما مؤداه أنه إذا تعدد ملاك العين المؤجرة فإنه يمكن لمن يمتلك أغلبية الأنصباء فيها أن يطلب إنهاء العقد بوصفه من أعمال الإدارة، لما كان ذلك، وكان الثابت بالأوراق أن المطعون ضده الأول لا يملك هو والمطعون ضدهم ثالثا" ورثة ..... المنضمون إليه في طلباته سوى نصف العين وهي لا تمثل

أغلبية الأنصباء في العين المؤجرة فضلا عن أن ورثة ..... المطعون ضدهم ثانيا والذين آلت إليهم ملكية نصف العين المؤجرة تدخلوا منضمين إلى الطاعنين بصفتهما في طلباتهم" رفض الدعوى" وهو ما يعني عدم إجازتهم التنبيه الصادر من المطعون ضده الأول ومن ثم لا يكون الأخير صاحب الصفة في توجيه التنبيه بالإخلاء وإقامة الدعوى حيث لم تتحقق له الأغلبية اللازمة لإدارة المال الشائع، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وأقام قضاءه برفض الدفع المبدي من الطاعنين بصفتهما بعدم قبول الدعوى لبطلان التنبيه استنادا إلى أن تدخل المطعون ضدهم ثالثا منضمين للمطعون ضده الأول يكفي لإجازة التنبيه فإنه يكون معيبا مما يوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة لبحث باقي أسباب الطعن على أن يكون مع النقض الإحالة.

(**الطعن رقم ٧٨٩ ـ لسنة ٧٨ ق ـ تاريخ الجلسة ٠٥ / ٠٣ / ٢٠٠٩**)

* * *

obeikan.com

مادة (٨٢٩)

١- للشركاء الذين يملكون على الاقل ثلاثة ارباع المال الشائع، ان يقرروا فى سبيل تحسين الانتفاع بهذا المال من التغييرات الاساسية والتعديل فى الغرض الذى اعد له ما يخرج عن حدود الادارة المعتادة، على ان يعلنوا قراراتهم الى باقى الشركاء. ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع الى المحكمة خلال شهرين من وقت الاعلان.

٢- وللمحكمة عند الرجوع اليها اذا وافقت على قرار تلك الاغلبية، ان تقرر مع هذا ما تراه مناسبا من التدابير. ولها بوجه خاص ان تامر باعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن الوفاء بما قد يستحق من التعويضات.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص٣ القانون المدنى بالاقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٨٣٧ ليبى و ٧٨٣ سورى و ١٠٦٤ عراقى و ٧١٠ سودانى و ٨٣٦ لبنانى.

الأعمال التحضيرية:

اذا كان الامر متعلقا باعمال الادارة الخارجة عن الاعمال المعتادة، كادخال تغييرات اساسية فى الغرض الذى اعد له المال لتحسين الانتفاع به، وذلك كتحويل مطعم الى مقهى، او اعادة بناء منزل لجعله اصلح للاستغلال، فللاغلبية ان تقرر ما تراه فى ذلك، وقرارها نافذ على الاقلية. الا ان الاقلية لها حق التظلم الى المحكمة، ولهذه ان تلغى قرار الاغلبية او ان تقرها على رأيها، ولها ان تأمر باعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن الوفاء بما قد يستحق له من تعويض، من جراء تنفيذ قرار الاغلبية فيما اذا تبين ان هذا القرار ضار بالمصلحة[1].

رأى الفقه:

١- يخلص من نص المادة ٨٢٩ مدنى ان هناك اعمال ادارة تخرج عن حدود الادارة المعتادة، فهذه تتولاها اغلبية اكبر من الاغلبية المعتادة، ويكون للاقلية غير الموافقة حق الاعتراض عليها امام المحكمة.

اولا – الاعمال التى تخرج عن حدود الادارة المعتادة – فالاعمال الخارجة عن حدود الادارة المعتادة – على ما جاء بالمذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى – هى التعديلات فى الغرض الذى اعد له المال الشائع، وذلك بقصد تحسين الانتفاع به. ففى الاراضى يعتبر ادارة غير معتادة تحويل الارض من ارض للزراعة الى ارض للبناء اذا كانت تصلح لذلك بالنسبة الى موقعها، او الى ارض تقام عليها مصانع للاستغلال الصناعى. كذلك يعتبر ادارة غير معتادة تحويل الارض الزراعية من ارض للمحصولات العادية كالقطن والقمح والارز من ارض مشجرة تغرس فيها اشجار الفواكه المختلفة او ارض لزراعة الزهور. ولكن تعتبر ادارة عادية اذا ما حولت

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية التقنين المدني – الجزء ٦ – ص٨٨.

الارض الى زراعة الفواكه، ان يغرس فيها صاحبها النخيل، او ان يزرع لبقول والخضروات ما بين اشجار الفاكهة، او ان يربى الدواجن، او ان يبنى ابراج الحمام، او ان يجلب خلايا النحل. اما تربية المواشى بما تقتضيه من نفقات كبيرة وخبرة فنية ومخاطرة جدية، فقد تدرج عن حدود الادارة المعتادة.

وفى المبانى، يعتبر ادارة غير معتادة تحويل المطعم الى مقهى او المقهى الى مطعم، واعادة بناء المنزل لجعله اصلح للاستغلال، كذلك يعتبر ادارة غير معتادة تحويل منزل السكنى الى فندق او الى بنسيون او الى شقق مفروشة واقامة احد الشركاء فى الشيوع بناء على ارض فضاء شائعة يعتبر ادارة غير معتادة.

ثانيا – الاغلبية اللازمة لتقرير الادارة غير المعتادة – تختلف الاغلبية فى الادارة غير المعتادة عنها فى الادارة المعتادة، من وجهين:

١– ان الاغلبية المطلوبة للادارة غير المعتادة ليست هى الاغلبية المطلقة (اى الزائدة على النصف على اساس قيمة الانصباء)، بل هى اغلبية اكبر من ذلك تقتضيها خطورة اعمال الادارة غير المعتادة، ويحددها صدر الفقرة الاولى من المادة ٨٢٩ مدنى بأنها اصوات، " الشركاء الذين يملكون على الاقل ثلاثة ارباع المال الشائع ". فاذا كان المدير للمال الشائع هو نفسه احد الشركاء، ويملك ربع المال الشائع على الاقل، هذا اذا كان هو نفسه موافقا على العمل. واذا لم يكن موافقا، فلابد من ان سائر الشركاء، وهم يملكون ثلاثة ارباع المال الشائع، يتفق رأيهم على القيام بهذا العمل، فيصبح المدير ملزما بالقيام به بالرغم من عدم موافقته. ويصح ان يتنحى. وتعين الاغلبية مديرا آخر يكون موافقا على العمل ليقوم به. واذا كان احد الشركاء يملك ثلاثة ارباع المال الشائع، فانه يستطيع وحده ان يقرر اعمال الادارة المعتادة واعمال الادارة غير المعتادة على السواء، وليس لاقلية الشركاء وهى التى تملك الربع الباقى من المال الشائع المعارضة امام المحكمة من اعمال الادارة المعتادة، ولكن لهم حق المعارضة فى اعمال الادارة غير المعتادة.

٢– يكفل القانون للأقلية المعارضة حقها فى الرجوع الى المحكمة للتظلم من قرار الاغلبية. ويلزم القانون الاغلبية الكبيرة بان تعلن قراراتها فى شان الاعمال التى قررت القيام حقا الى كل شريك من الاقلية التى لم توافق. ولم يعين القانون طريقة خاصة للاعلان، فيصح ان يكون على يد محضر، كما ان يكون بكتاب مسجل او غير مسجل. وقد يكون شفويا ولكن على الاغلبية اثبات حصول. ولكل لشريك من فريق الاقلية، فى خلال شهرين من يوم وصول الاعلان اليه، ان يعارض فى قرارات الاغلبية امام المحكمة المختصة.

وتبدأ المحكمة – وفقا لنص الفقرة الثانية من المادة ٨٢٩ مدنى – بتقدير صواب القيام بالعمل الذى قررته الاغلبية، وتسمع فى ذلك حجج الاغلبية وحجج الاقلية، وقد نرى – بعد سماع حجج الطرفين – الا توافق على العمل، فيمتنع على الاغلبية ان تقوم به. اما اذا وافقت المحكمة على العمل، فقد تضع له شروطا وتحوطه بضمانات تكفل إنجازه على وجه مرضى، وقد يبقى العمل بعد ذلك غير مامون العاقبة، فتحاط المحكمة لكفالة حقوق الاقلية المخالفة، وتأمر الاغلبية باعطاء الاقلية كفالة شخصية او

عينية تطمئن اليها الاقلية فيما اذا تحققت مخاوفها ونتج عن العمل خسارة، فتجد الاقلية فى رجوعها بالتعويضات على الاغلبية هذه الكفالة امامها تضمن هذا الرجوع. ويتبين من ذلك ان موافقة المحكمة على العمل لا يعفى الاغلبية من رجوع الاقلية عليها بالتعويض فيما اذا نتج عن هذا العمل خسارة للشركاء.

ثالثا – اقامة احد الشركاء بناء على جزء مفرز من الارض الشائعة – واذا اقام احد الشركاء بناء على جزء مفرز من الارض الشائعة قبل قسمتها، فان هذا الشريك يكون قد اتى بعمل من اعمال الادارة غير المعتادة. ويترتب على ذلك ان هذا العمل يقتضى موافقة الشركاء اصحاب ثلاثة ارباع الارض الشائعة، او فى القليل اقرار هذه الاغلبية الخاصة للعمل بعد اتمامه.

فاذا لم توافق هذه الاغلبية على البناء ولم تقره بعد اقامته، جاز طبقا لاحكام التقنين المدنى الجديد ان يجبر الشريك البانى على ازالة البناء ودفع تعويض لسائر الشركاء عما عسى ان يكون هذا البناء قد ألحق بالارض من ضرر.

اما اذا وافقت الاغلبية المقررة فى القانون على البناء قبل اقامته، او اقرته بعد اقامته، فان جميع الشركاء يساهمون فى تكاليف البناء بنسبة حصة كل منهم فى الارض الشائعة ويكون البناء ملكا شائعا بينهم جميعا[١].

٢– يعد عمل اقامة بناء فى جزء مفرز من العقار المشترك، من قبيل الاعمال الخارجة عن الادارة المعتادة، فتسرى فى شأنه الاحكام المقررة فى المادة ٨٢٩ مدنى.

فاذا فرضنا ان احد الشركاء اقام بناء على الارض الشائعة دون موافقة الاغلبية التى يتطلبها القانون، فماذا يكون الحكم فى علاقته ببقية الشركاء.

لاشك ان ما اجراه الشريك يعتبر بحسب الاصل تعديا على حقوق شركائه الاخرين، وينبنى على ذلك حق سائر الشركاء فى طلب ازالة ما بناه الشريك البانى بالتعويض عما قد ينجم من اضرار بسبب ازالة البناء، ولا يصح التعويل على نتيجة القسمة فى هذا الفرض بحجة انها قد تتمخض عن وقوع الجزء المشغول بالبناء فى حصة الشريك البانى، لأن هذه الحجة لا تنهض مسوغا لتبرير الاعتداء المباشر على حقوق الشركاء الاخرين من جهة، ولكونها تتضمن ارهاقا فى تخريج النتائج المترتبة على الاثر الكاشف لقسمة من جهة اخرى.

ولذلك استقر الفقه والقضاء على حرمان الشريك البانى من حق الرجوع على شركائه بنصيبهم فى نفقات ما احدثه من بناء دون موافقتهم، وعلى حق هؤلاء فى طلب الازالة فورا.

اما اذا كان الشريك البانى قد اقام البناء تحت بصر الشركاء الاخرين وسمعهم، فيصح اعتباره فى هذه الحالة وكيلا عنهم اذا لم يقم اعتراض من جانبهم. ومثل هذه الوكالة الضمنية تخوله حق الرجوع عليهم بنصيبهم فى نفقات البناء، دون نظر الى ما ترتب عليها من زيادة فى قيمة العقار.

---

(١) الوسيط – ٨ – للدكتور السنهوري – المرجع السابق – ص٨٢٩ وما بعدها.

اما ان قام الشريك بالبناء دون علم الشركاء الاخرين، فانه يكون بعمله هذا قد احدث تغييرا جديا فى حالة الملك المشترك، فلا يسوغ اقرار مثل هذا العمل المخالف لنظام الشيوع، وتضحية حقوق الشركاء الاخرين باجبارهم على تحمل النتائج الضار بهم حتى تتم القسمة، وحرمانهم دون وجه حق من الانتفاع بالجزء الذى شغله شريكهم بالبناء(١).

٣- لا يجوز لأحد الشركاء ان يأتى من الاعمال ما يعد خروجا بالمال المشترك عن تخصيصه، فلا يجوز ان يدخل تعديلات جوهرية عليه حتى لو عاد هذا بالنفع على سائر الشركاء، فلا يجوز لأحدهم مثلا ان يحول المال المشترك من مطعم الى مقهى او الارض الزراعية الى ارض للبناء.

وبناء على ذلك استقر الفقه ومعظم القضاء على حرمان الشريك من اقامة بناء على الارض الشائعة دون موافقة سائر الشركاء. فاذا فعل كان عمله هذا تعديا على حقوق سائر الشركاء، لأن البناء هو من قبيل الاعمال الخارجة عن الادارة المعتادة، ولا يكون للشريك البانى فى هذه الحالة ان يرجع على شركائه بنصيبهم فى نفقات البناء الذى احدثه دون موافقتهم، وانما يحق لهؤلاء الشركاء طلب ازالة ما بناه الشريك دون حاجة لانتظار نتيجة القسمة، فضلا عن الزام البانى بالتعويض عما لحقهم من اضرار بسبب البناء والهدم. ففعل الشريك البانى يعتبر فى هذه الحالة اعتداء مباشرا على حق سائر الشركاء، وحق الشريك فى استعمال المال المشروط بعدم الاضرار بحقوق سائر الشركاء.

ولما كان فى منع المشتاع من احداث اى تغيير فى المال الشائع او تعديل فى تخصيصه تعطيل للانتفاع، فانه يتضح من نص المادة ٨٢٩ مدنى ان المشرع عامل الاعمال التى تخرج عن حدود الادارة المعتادة معاملة تخالف حكم الادارة المعتادة، وذلك لما تنطوى عليه تلك الاعمال من خطورة.

فهو لم يكتف بالاغلبية المطلقة قبل إشتراط اغلبية الشركاء المالكين لثلاثة ارباع المال الشائع. ثم انه الزم الاغلبية بإعلان قرارها الى الاقلية قبل القيام بهذه الاعمال، وللشركاء الذين لم يوافقوا على القرار مهلة شهرين، فاذا ارادوا مخالفة قرار الاغلبية وجب عليهم ان يرجعوا إلى المحكمة خلال هذه المدة فاذا فاتت هذه المدة دون الالتجاء الى المحكمة كانت القرارات نهائية ونافذة حتى فى حق غير الموافقين. وللمحكمة عند الرجوع اليها ان توافق على قرار الاغلبية او تلغيه، ولها فى حالة ما اذا اعتمدت قرار الاغلبية ان تأمر باتخاذ التدابير التى تراها مناسبة، وعلى الخصوص ان تأمر باعطاء المعترض من الشركاء كفالة تضمن الوفاء بما قد يستحق له من تعويض من جراء تنفيذ قرار الاغلبية فيما اذا تبين ان هذا القرار ضار بالمصلحة(٢).

---

(١) حق الملكية – ١ – للكتور محمد على عرفه – المرجع السابق – ص٣٨٧ وما بعدها.

(٢) الحقوق العينية الأصلية – للدكتور عبد المنعم البدراوى – المرجع السابق – ص١٤٨ وما بعدها، ويراجع أيضاً: حق الملكية – للدكتور جميل الشرقاوى – المرجع السابق – ص١٢٠ وما بعدها.

٤- لأغلبية الشركاء ان تقوم باعمال الادارة غير المعتادة، وهى الاعمال التى تؤدى الى تغييرات اساسية فى المال الشائع، او فى الغرض المعد له، وذلك فى سبيل تحسين الانتفاع بهذا المال، ولكن الاغلبية المطلوبة هنا ليست الاغلبية المطلقة (ما يزيد عن النصف)، بل هى اغلبية الشركاء الذين يملكون على الاقل ثلاثة ارباع المال الشائع (م١/٨٢٩ مدنى) وذلك لخطورة اعمال الادارة غير المعتادة، وتحسب هذه الاغلبية هنا كذلك على أساس قيمة الأنصبة لا على أساس رءوس او عدد الشركاء.

ونظرا لخطورة هذه الاعمال فقد اجاز القانون لأقلية الشركاء ان تعترض عليها (م ١/٨٢٩ مدنى).

فالزم اغلبية الشركاء ان تعلن قراراتها فيما يتعلق بالادارة غير المعتادة الى باقى الشركاء، واجاز لمن خالف من هؤلاء ان يرجع الى المحكمة خلال شهرين من وقت اعلانه طالبا الغاء قرار الاغلبية. فاذا مرت هذه المدة ولم يعترض احد، فان قرار الاغلبية يصبح نهائيا وينفذ فى حق كل الشركاء. اما اذا اعترض احد الشركاء من الاقلية، فللمحكمة بعد تقدير الظروف التى تلغى قرار الاغلبية، فلها ان تقرر مع هذا ما تراه مناسبا من التدابير (م ١/٨٢٩ مدنى)، كأن تتوجب على الاغلبية مراعاة بعض شروط خاصة عند تنفيذ قرارها، وقد نص القانون صراحة على حق المحكمة فى ان تأمر باعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن الوفاء بما قد يستحق من التعويضات، والمحكمة تفعل ذلك اذا تبين لها ان تنفيذ قرار الاغلبية يحتمل ان يؤدى الى ضرر يصيب الشريك المخالف.

ومن صور الادارة غير المعتادة التغييرات التى تدخل على المال الشائع ذاته، كأن يكون ارضا فضاء فتتقرر الاغلبية اقامة بناء عليه، او يكون عبارة عن بناء مكون من طابق واحد فتقرر الاغلبية اقامة بناء عليه او يكون عبارة عن بناء مكون من طابق واحد فتقرر الاغلبية تعليته باقامة طابق او طوابق اخرى. كذلك تعتبر من قبيل الادارة غير المعتادة التعديل فى الغرض المعد له المال، ومثال ذلك ان يكون المال بناء يؤجر للسكنى فتقرر الاغلبية تحويله الى فندق، او مخزنا للبضائع، فتقرر تحويله الى محل تجارى، وهكذا.

واعطاء سلطة القيام باعمال الادارة غير المعتادة لأغلبية الشركاء الذين يملكون ثلاثة ارباع المال الشائع، مقتضاه انه لا يجوز لمن لا يملك هذه الاغلبية ان يقوم بعمل من هذه الاعمال منفردا، والا كان لشركائه ان يعترضوا على عمله، ويطالبوه باعادة الوضع الى ما كان عليه. وعلى ذلك اذا قام احد الشركاء بالبناء على الارض المملوكة على الشيوع بدون موافقة باقى شركائه. ولم يكن البانى يملك ثلاثة ارباع المال الشائع، جاز لشركائه طلب ازالة هذا البناء، والمطالبة بتعويض ما يترتب عليه من ضرر[1].

٥- يتضح من نص المادة ٨٢٩ مدنى انه يقصد باعمال الادارة غير المعتادة تلك التى تؤدى الى تغيير اساسى فى الشئ كالبناء فى الارض او هدم جزءمن البناء لاعادة بنائه على شكل آخر، او الى التعديل فى الغرض الذى اعد له كتحويل المبنى المعد

(١) الحقوق العينية الأصلية (موجز) – للدكتور محمد لبيب شنب – المرجع السابق – ص٢٧٨ وما بعدها.

للسكنى الى فندق او تحويل الارض الزراعية لغرض آخر غير الزراعة، ونظرا لخطورة هذه الاعمال اشترط المشرع اغلبية خاصة هى من يملكون ثلاثة ارباع المال الشائع. ولم يكتف المشرع بذلك بل جعل سلطة الاغلبية فى القيام بها تحت رقابة القضاء، ولهذا اوجب على الاغلبية ان يعلنوا قرارهم الى الاقلية حتى تتاح لمن يريد الاعتراض ان يرجع الى المحكمة. فاذا لم يحصل اعلان فلا يكون القرار نافذا فى حق الشركاء خلال شهرين من وقت الاعلان اصبح القرار نهائيا ونافذا فى حق الاقلية. اما اذا اعترض احد من الاقلية فرفع الامر الى المحكمة، فهى تنظر فيما اذا كان القرار ملائما ام لا، فاذا وجدت ان القرار غير ملائم وان اعتراض المعترض فى محله فتحكم بالغاء القرار. واذا رأت ان القرار ملائم فتوافق عليه، ولها فى هذه الحالة ان تقرر ما تراه مناسبا، كأن تشترط شروطا معينة لتنفيذ القرار. ولها بوجه خاص ان تأمر باعطاء من خالف من الشركاء كفالة تضمن ما يستحق له من تعويض اذا تبين من تنفيذ القرار انه ضارا بمصلحة الشركاء[1].

٦- فالاغلبية المطلقة لا تملك القيام باعمال الادارة غير المعتادة، بل لا بد من الحصول على موافقة الاغلبية المالكة على الاقل لثلاثة ارباع المال الشائع، والاعمال التى تخرج عن حدود الادارة المعتادة هى التى تدخل تعديلات فى الغرض الذى اعد له المال الشائع بقصد تحسين الانتفاع به. فاذا كان المال الشائع ارضا مخصصة للزراعة، وكان المقصود تحويلها الى ارض بناء عد هذا من قبيل الادارة غير المعتادة. واذا كانت الارض مخصصة لزراعة المحصولات التقليدية، وكان المقصود بالعمل تخصصها لزراعة الفاكهة مثلا، فان هذا يعتبر (فى نظر الدكتور محمد على عمران) من قبيل الادارة غير المعتادة لما يتطلبه هذا النوع من انواع الزراعة من نفقات فى بدايته.

والذى يقوم عادة بادارة المال الشائع سواء اكانت ادارية معتادة ام غير معتادة هو المدير – فاذا كان العمل يدخل فى اعمال الادارة المعتادة، فللمدير القيام به. اما اذا كان من اعمال الادارة غير المعتادة، فعليه الحصول على موافقة الاغلبية المالكة لثلاثة ارباع المال الشائع.. فاذا كان المدير مالكا بمفرده لنصف المال الشائع، وكان موافقا على العمل، فلابد له من الحصول على موافقة من يكون من الشركاء الاخرين مالكا لربع المال الشائع حتى يصل مجموع الموافقين على عمل الادارة غير المعتادة الاغلبية المالكة على الاقل لثلاثة ارباع المال الشائع.

ونظرا لما يتضمنه عمل الادارة غير المعتادة من تغيير فى الغرض الذى اعد له اصلا المال الشائع، فلقد احاط المشرع الاقلية ببعض الضمانات، فاجاب على الاغلبية ان تعلن قرارها الى الاقلية ولمن يعترض منهم على العمل ان يرفع الامر الى المحكمة خلال شهرين من وقت الاعلان (وهذا الميعاد الحتمى القصير ميعاد سقوط لا يقبل الانقطاع، ولا يقبل الوقف الا اذا حالت قوة قاهرة بين الاقلية وبين اللجوء الى القضاء). ولم يشترط المشرع لهذا الاعلان شكل خاص، فيجوز ان يكون باعلان على

(١) حق الملكية – للدكتور منصور مصطفى منصور – المرجع السابق – ص١٤١ و١٤٢.

يد محضر او بخطاب موصى عليه بعلم وصول، بل قد يكون الاعلان شفويا وعلى الاغلبية عندئذ اثبات حصوله.

وللمحكمة عند الرجوع اليها اذا وافقت على قرار الاغلبية ان تقرر ما تراه مناسبا من التدابير، كأن تأمرباعطاء الاقلية كفالة شخصية او عينية. فاذا تحققت مخاوف الاقلية – كما اذا خشيت حدوث اضرار بالمال الشائع اذا تغير الغرض الذى اعد من اجله ونتج عن العمل خسارة – وجدت الاقلية امامها ما يضمن لها الرجوع.

وقد ترى المحكمة بعد سماع حجج كل من الاغلبية والاقلية عدم الموافقة على العمل، وعندئذ يجب على الاغلبية الامتناع عنه(١).

٧- اول فارق بين التشريع العراقى من جهة وبين التشريع المصرى من جهة اخرى، يتصل بالاعمال الخارجية عن حدود الادارة المعتادة، وهى ما اطلق عليها المشرع العراقى اسم "التغييرات الاساسية والتعديل فى الغرض" كتحويل مطعم الى مقهى او ملهى الى كراج وقد جعل المشرع العراقى القيام بهذه الاعمال من حق اصحاب القدر الاكبر من الحصص مع اشتراط اذن المحكمة (م ١٠٦٥ عراقى)، وبين هذا النص ونص المادة ٨٢٩ مدنى مصرى فارق جوهرى يتمثل فى ناحيتين: الاولى – ان المادة المصرية لا تكتفى بالاغلبية المطلقة لأصحاب القدر الاكبر من الحصص وانما تشترط اغلبية خاصة تمثل ثلاثة ارباع المال الشائع. والثانية – ان المادة المصرية جعلت مدة اعتراض الشريك على ما تقرره الاغلبية المتقدمة شهرين من وقت الاعلان، ولا نجد لهذا القيد اثرا فى المادة العراقية(٢).

٨- اذا كانت ادارة المال الشائع ادارة غير معتادة وهى التى تتناول المال الشائع فتغير فيه تغييرا اساسيا بقصد جعله اكثر فائدة وانتاجا كأن تحول الدار الى فندق او يقسم البستان الى عرصات للبناء فقد اباح القانون للاكثرية المطلقة اى اصحاب القدر الاكبر من الحصص حق هذه الادارة بشرط واحد هو حصولهم على اذن من المحكمة لادارة المال على الوجه الذى يريدون وهذا الاذن هو الشرط الوحيد الذى وضعه القانون تفريقا لما بين الادارة العادية والادارة غير العادية. وقد سلك القانون المصرى والسورى غير هذا فجعل مكان المحكمة موافقة اغلبية كبيرة وهى اغلبية ثلاثة ارباع حصص الشركاء(٣).

٩- تطابق المادة ٨٢٩ مدنى مصرى المادة ٨٣٨ مدنى ليبى، وكذلك المادة ٧٨٤ مدنى سورى فيما عدا ان هذه المادة الاخيرة تنص على ان يكون اعلان القرارات الى باقى الشركاء بكتاب مضمون او بطريقة رسمية اخرى.

واعمال الادارة غير المعتادة هى تلك التى يكون من شانها ان تحدث تغييرا اساسيا او تعديلا فى الغرض الذى اعد له المال الشائع، كاعادة بناء منزل، والبناء فى ارض زراعية لاعدادها للاستغلال الصناعى، ولخطورة هذه الاعمال لم يكتف الشارع

---

(١) الحقوق العينية الأصلية – للدكتور محمد على عمران – المرجع السابق – ص٣٠٣، ٣٠٤.
(٢) القانون المدني العراقى – للدكتور حسن الذنون – ص١١، ١٢.
(٣) الملكية العقارية في العراق – ١ – للدكتور حامد مصطفى – المرجع السابق – ص١١٥.

فى شأنها فى التقنينات المذكورة بالاغلبية العادية للشركاء، بل تطلب اغلبية خاصة خولها سلطة القيام بهذه الاعمال – وهى التى تمثل على الاقل ثلاثة ارباع المال الشائع، كما خول الاقلية حق التظلم الى المحكمة. فلهذه الاغلبية ان تقرر ما تراه فى شأن تلك الاعمال وعليها ان تعلن قرارها الى بقية الشركاء، ويسرى هذا القرار فى حق الاقلية. ومقتضى هذا ان تنوب الاغلبية نيابة قانونية عن الاقلية، الا ان للاقلية حق التظلم الى المحكمة خلال شهرين من وقت الاعلان. وللمحكمة ان تلغى قرار الاغلبية او تقرها على رأيها ولها اذا وافقت على قرار الاغلبية ان تقرر مع هذا ما تراه مناسبا من التدابير، ولها بوجه خاص ان تأمر باعطاء المخالف من الشركاء كفالة الاغلبية اذا تبين فى المستقبل ان هذا القرار ضار بالمصلحة. وفيما يتعلق بالقانون العراقى فانه يكتفى فى هذا الشأن بالاغلبية للشركاء، ولكنه يجعل سلطة هذه الاغلبية رهينة باذن من المحكمة (م ١٠٦٥ مدنى عراقى).

اما القانون اللبنانى فلا يخول اغلبية الشركاء سلطة فى خصوص اعمال الادارة غير المعتادة، ومن ثم يتعين لامكان القيام بها ان يتفق جميع الشركاء على ذلك (م٨٣٦ تقنين الموجبات اللبنانى)[1].

من أحكام القضاء الحديثة:

١– المالك لحصة مقدارها ثلاثة أرباع الأرض الشائعة، له الحق فى إدخال تغييرات أساسية فى الغرض الذى أعدت له هذه الأرض فى سبيل تحسين الانتفاع بها وفقاً لأحكام المادة ٨٢٩ من القانون المدنى، ويكون البناء الذى يقيمه على نفقته لتحقيق هذا الغرض داخلاً فى حدود حقه فى إدارة المال الشائع، وهو يباشر هذا الحق بوصفه أصيلا عن نفسه ونائباً عن مالك الربع الباقى، وتكون إجارته نافذة فى حق هذا المالك، كما يكون له الحق فى قبض الأجرة واقتضاء التعويض الناشئ عن تلف البناء لحساب جميع الشركاء.

(طعن رقم ٢١٠ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧١/٣/١٨)

٢– من المقرر فى قضاء النقض ان للمالك على الشيوع اذا وضع يده على جزء مفرز من العقار يوازى حصته، الحق فى حماية وضع يده، وليس من حق احد الشركاء ان ينتزع منه هذا القدر بل كل ما له ان يطلب قسمة العقار او يرجع على واضع اليد بما يقابل الانتفاع.

(جلسة ١٩٧٤/١٢/٣ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٢٥ – مدنى – ص١٣٢٤)

٣– تخول المادة ٨٢٩ من القانون المدنى الشركاء الذين يملكون على الاقل ثلاثة ارباع المال الشائع ان يقرروا فى سبيل تحسين الانتفاع بهذا المال من التغييرات الاساسية، والتعديل فى الغرض اعد له ما يخرج عن حدود الادارة المعتادة، مما مفادة ان ما تجريه الاغلبية من تغيير او تعديل يدخل وفقا لهذه المادة فيما تملك من اعمال

(١) الملكية في قوانين البلاد العربية – ٢ – للدكتور عبد المنعم الصده – المرجع السابق – ص١٩ وما بعدها.

الادارة غير المعتادة وينفذ فى حق الاقلية ما لم تقرها المحكمة المختصة على ما قد تثير من اعتراض.

ان ما تباشره الاغلبية فى المال الشائع من تغييرات اساسية وتعديل فى الغرض يخرجه عن اعمال الادارة المعتادة، انما تباشره – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – اصيلة عن نفسها ونائبة عن غيرها من الشركاء، فان هى شيدت من مالها على العقار الشائع بناء، كما فى الدعوى المثلة، ملكت الاقلية فيه وفيما يغل منذ انشائه ولو لم تف فى حينه بما عليها من نفقاته، فذلك حق شخصى للاغلبية، تسترده مع الفائدة من وقت الانفاق وفقا لما يخضع له من احكام الوكالة، ولا ينشأ على وجه التقابل او التبادل مع حق الاقلية المبينة فى التملك وثماره، فالحقان يختلفان مصدرا واثرا، ولا يرتبطان بما يجعل احدهما يزول بقيام الاخر او يقوم بزواله، وقد تسوغ المقاصة بشروطها بين ما للاقلية من ربع وما عليها من دين الاتفاق وفائدته، مما لا يثور فى خصوص الدعوى لصيرورة الدين وفوائده امرا مقضيا بحكم سابق وسداد حاصل.

(نقض – جلسة ١٩٧٨/١٢/١٣ – الطعن ١٩ السنة ٤٦ق – لم ينشر بعد)

٤– الشركاء على الشيوع الذين يملكون ثلاثة أرباع المال الشائع. حقهم في إجراء تغيير فيه يخرج عن حدود الإدارة المعتادة. شرطه. إعلان قرارتهم إلى باقى الشركاء مخالفة ذلك للأخيرين الإعتراض إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان. مؤدى ذلك. جواز إجبار الشريك الباقى على إزالة البناء الذى أقامه على جزء مفرز من العقار الشائع. طالما لم توافق عليه أغلبية الشركاء المالكين ثلاث أرباع العقار. م٢/٨٢٩ مدني.

(الطعن ١٧٨٤ لسنة ٥٤ق جلسة ١٩٩٠/١/٣١س٤١ ص٣٦٦)

٥– وضع أحد الملاك على الشيوع يده على جزء مفرز من العقار يوازى حصته. حق باقى الشركاء قبله. لا يكون لأى منهم إنتزاع هذا القدر منه بل كل ماله طلب قسمة العقار. إنتقال هذا الحق للمتصرف إليه من هذا المالك. إذا كان المالك على الشيوع واضعاً يده على جزء مفرز من العقار يوازى حصته فإنه لا يكون من حق أحد الشركاء أن ينتزع منه هذا القدر بل كل ما له أن يطلب قسمة العقار، وينتقل هذا الحق للمتصرف إليه من هذا المالك.

(الطعن ١٥٨٣ لسنة ٥٧ق جلسة ١٩٩٤/٣/٦ س٤٥ ص٤٥٥)

٦– وضع المالك على الشيوع يده على جزء مفرز من العقار يوازى حصته. أثره. ليس لأحد شركائه إنتزاع هذا القدر منه. للمالك على الشيوع إذا وضع يده على جزء مفرز من العقار يوازى حصته الحق في حماية وضع يده وليس من حق أحد الشركاء أن ينتزع منه هذا العقار.

(الطعن ٢٢٠١ لسنة ٦٠ق جلس ١٩٩٥/١/٤ س٤٦ ص٧٤)

٧- وضع أحد الملاك على الشيوع يده على جزء مفرز في العقار الشائع. عدم أحقية باقى الشركاء في إنتزاع هذا القدر منه. شرطه. توافر ملكية. واضع اليد على الشيوع بسبب من أسباب كسب الملكية دون الإتصاف بصفة المستأجر. إكتسابه الصفة الأخيرة. مؤداه. المقرر – في قضاء محكمة النقض – أنه وفيما عدا حالة إتحاد الذمة بشروطها إذا وضع أحد الشركاء على الشيوع يده على جزء معين من المال الشائع تسهيلاً للاقلية الإنتفاع فليس من حق أحد الشركاء إنتزاع هذا الجزء منه بإعتبار أن واضع اليد يمتلك فيه ما يتناسب مع نصيبه في المجموع ويكون إنتفاعه بالباقى مستمداً من حقوق شركائه الآخرين على اساس التبادل في المنفعة إلا أن ذلك رهن بأن يكون واضع اليد مالكاً على الشيوع بأحد أسباب كسب الملكية المقررة قانوناً وألا يتصف بصفة المستأجر والتى مؤداها جعل إنتفاعه بالعين مستنداً إلى هذه الصفة فحسب ونفاذ عقد الإيجار قبله بشروطه وعدم جواز التحلل منه وصيرورة التحدى بعدم أحقية باقى الملاك على الشيوع في إنتزاع هذا الجزء منه مفتقراً إلى سنده القانوني الصحيح.

(الطعن ٧٤٢٥لسنة ٦٣ق جلسة ١٩٩٧/١١/١٣ س٤٨ ص١٢٢٥)

* * *

obeikan.com

مـــادة (٨٣٠)

لكل شريك فى الشيوع الحق فى ان يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ الشئ، ولو كان ذلك بغير موافقة باقى الشركاء.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٨٣٩ ليبى و٧٨٥ سورى و١٠٦٦ و١٠٦٨ و١٠٦٩ عراقى و٧١٢ سودانى و٨٣١ لبنانى.

الأعمال التحضيرية:

يراجع – لاحقا – التعليق الوارد على نص الماة ٨٣٢ مدنى.

رأى الفقه:

١– اعمال الحفظ التى يصح ان يقوم بها كل شريك فى الشيوع منفردا دون حاجة الى موافقة باقى الشركاء قد تكون أعمالا مادية. مثل ذلك صيانة المال الشائع، وترميمه اذا احتاج الى ترميم، وتحويطه بسياج او بسور اذا كان حفظه يقتضى ذلك، وتسجيل سند ملكيته اذا كان هذا السند فى حاجة الى التسجيل، وجنى الثمار قبل ان تتلف. وقد تكون تصرفات قانونية او اتخاذ اجراءات او رفع دعاوى، مثل ذلك قطع التقادم اذا كان المال الشائع فى يد حائز آخر، ودعوى تعيين الحدود اذا قامت الحاجة الى تعيين حدود المال الشائع، ودفع الضرائب والرسوم المستحقة للدولة حتى لا يتعرض المال الشائع للحجز عليه، وتسديد اقساط الديون المضمونة برهن او باختصاص او بامتياز ودفع فوائد هذه الديون حتى لا يكون المال الشائع عرضه للتنفيذ عليه تنفيذا جبريا.

والشريك فى الشيوع، فى قيامه باعمال الحفظ على النحو المتقدم، يعتبر اصيلا عن نفسه. ثم هو وكيل عن سائر الشركاء، اذا لم يعترض احد منهم على عمله، فيرجع عليهم بدعوى الوكالة، فاذا تمت اعمال الحفظ دون علم من سائر الشركاء اعتبر فضوليا بالنسبة اليهم، لأن الفضالة تتحقق ولو كان الفضولى فى اثناء توليه شأنا لنفسه قد تولى شأن غير لما بين الشأنين من ارتباط لا يمكن معه القيام بأحدهما منفصلا عن الاخر (م ١٨٩ مدنى)، فيرجع الشريك بدعوى الفضالة. اما اذا اعترض باقى الشركاء وقام الشريك باعمال الحفظ بالرغم من اعتراضهم، فانه يرجع عليهم بدعوى الاثراء بلا سبب. وهناك رأى يقول بان الشريك يعتبر فى جميع هذه الاحوال نائبا عن شركائه نيابة قانونية فى القيام باعمال الحفظ، فيرجع عليهم دائما بدعوى النيابة[١].

٢– ومن امثلة اعمال الحفظ – التى عنتها المادة ٨٣٠ مدنى – الترميمات الضرورية، وجنى الثمار التى يسارع اليها التلف، وقطع التقادم، ورفع دعاوى الحيازة...الخ.

---

(١) الوسيط – ٨ – للدكتو السنهوري – المرجع السابق – ص٨٠٤ وما بعدها.

وقد جاء بالمذكرة المطولة لمشروع اللجنة التحضيرية (جزء٤- ص ٦٠) فى صدد تبرير هذا الحق المقرر لكل شريك ما يأتى:

"والشريك فى هذا فضولى يتصرف فى حدود قواعد اذا لم يوافق الشركاء الآخرون على عمله".

وهذا التفسير لا يستقيم الا على ضوء المادة ١٨٩ من التقنين المدنى الجديد التى نصها "تتحقق الفضالة ولو كان الفضولى، فى اثناء توليته شأنا لنفسه، قد تولى شأن غيره، لما بين الشأنين من ارتباط لا يمكن معه القيام بأحدهما منفصلا عن الاخر ".

وهذا الوضع منطبق تماما على حالة الشريك الذى يجرى بعض الاعمال اللازمة لحفظ المال المشترك دون موافقة شركائه، فهو يتولى فى هذه الحالة شئون غيره لارتباطها بشأنه ارتباطا لا يمكن معه القيام بأحدهما دون الآخر.

اما القضاء الفرنسى فقد جرى – نظرا لعدم وجود نص – على افتراض قيام وكالة ضمنية لمصلحة الشريك الذى باشر هذه، استنادا الى انها تتمحص دائما لمصلحة جميع الشركاء. بل ذهب الفقه الى حد تخويل الشريك سلطة مباشرة اعمال الحفظ والصيانة دون حاجة الى الاستعانة بفكرة الوكالة الضمنية، وذلك لسبب واضح هو ان لكل شريك مصلحة جدية فى المحافظة على حقه[١].

٣- فاعمال الحفظ يجوز لكل شريك ان يقوم بها دون اشتراط موافقة سائر الشركاء (٨٣٠ مدنى)، بل وحتى رغم معارضتهم، ويدخل فى اعمال الحفظ الاعمال المادية اللازمة لصيانة الشئ وحفظه، كالترميمات الضرورية وجنى الثمار قبل فوات موعد جنيها ويدخل فيها ايضا الاعمال القانونية والاجراءات اللازمة للمحافظة على الحق نفسه كرفع دعاوى الحيازة ضد المتعرض او المغتصب، وكذلك قطع التقادم الساري لصالح اجنبى عن الشركاء والمطالبة بوضع الحدود[٢].

٤- ينص القانون المدنى. فى المادة ٨٣٠ منه، على حق الشريك منفردا فى اتخاذ ما يلزم من اجراءات لصيانة الشئ المملوك على الشيوع.

والاعمال اللازمة للحفظ قد تكون اعمالا مادية، كترميم المبنى المملوك على الشيوع او جنى الثمار او جمع المحصول وقت وجوب ذلك. وقد تكون تصرفات او اجراءات قانونية كقطع مدة التقادم المكسب الساري لمصلحة الغير ورفع دعاوى الحيازة ضد من يعتدى على حيازة الشركاء، والوفاء بالضرائب المستحقة على العقار. والشريك فى قيامه بها. وقد جعل القانون للشريك الانفراد فيها لما تحققه من مصلحة الشركاء جميعا ولما فى ارسائها حتى الحصول على موافقة الشركاء او اغلبيتهم من خطورة[٣].

٥- قد يقتضى الحال القيام باعمال معينة لحفظ الشئ الشائع، سواء كانت هذه الاعمال مادية كالترميم والصيانة وجنى الثمار فى موعدها قبل ان تتلف، او كانت

---

(١) حق الملكية – ١ – للدكتور محمد على عرفه – المرجع السابق – ص٣٩١.
(٢) الحقوق العينية الأصلية – للدكتور عبد المنعم البدراوى – المرجع السابق – ص١٥٠.
(٣) حق الملكية – للدكتور جميل الشرقاوى – المرجع السابق – ص١٢٣، ١٢٤.

اجراءات او تصرفات قانونية كرفع دعاوى الحيازة ضد من يعتدى على حيازة الشركاء، او قطع التقادم السارى لمصلحة من يحوز المال بنية تملكه والوفاء بالضرائب المفروضة على العين والوفاء بدين الدائن المرتهن للعين توقيا للتنفيذ عليها. ونظرا الى ان هذه الاعمال ضرورية للمحافظة على الشئ محل حق كل شريك، وهى اعمال لا تحتمل التاخير، فلم يخضعها المشرع للقواعد الخاصة باعمال الادارة بوجه عام من حيث ضرورة توفر اغلبية للقيام بها، وانما يكون المشرع قد اعطى كل شريك سلطات المدير فيما يتعلق بهذه الاعمال.

وقد ثار الخلاف حول اساس سلطة الشريك فى القيام باعمال الحفظ، فجاء بالمذكرة الايضاحية للنص: "والشريك فى هذا فضولى يتصرف فى حدود قواعد الفضالة اذا لم يوافق الشركاء الآخرون على عمله" (مجموعة الاعمال التحضيرية – الجزء ٦ – ص ٩٥). واخذ بعض الشراع بفكرة الفضالة (دكتور محمد على عرفة – ١– ص ٣٩٤). بينما ذهب اكثرهم الى ان الشريك يعتبر نائبا قانونيا عن باقى الشركاء (الدكاترة: شفيق شحاته – ص ١٦٨ وعبد المنعم البدراوى – ص ١٥١، وحسن كيره، ص ٣٥٧، وعبد المنعم الصده – ص ١٩٤[١].

٦– ان حفظ الشئ الشائع حق لكل شريك، ومن هنا يكون لأى شريك ان يستقل بالقيام بالاعمال اللازمة لحفظ الشئ، ولو كان ذلك بغير موافقة الشركاء الآخرين. واعمال الحفظ قد تكون اعمالا مادية كالقيام بالترميمات الضرورية وجنى الثمار قبل تلفها، وقد تكون تصرفات او اجراءات قانونية كالوفاء بالضرائب المفروضة على العين، وقطع التقادم ضد من يحوز العين بنية كسب ملكيتها. والشريك بمقتضى ما له من حق فى ان ينفرد بالقيام بهذه الاعمال، ينوب نيابة قانونية عن بقية الشركاء. ويكون له الرجوع على كل منهم بقدر نصيبه فى النفقات التى تكبدها لحفظ الشئ[٢].

٧– تقضى المادة ٣/١٠٦٣ من القانون المدنى العراقى على ان يد الشريك على المال المشترك هى بالنسبة الى الشركاء الاخرين يد امانة. ونصت المادة ١٠٦٦ منه على ان لكل شريك فى الشيوع الحق فى ان يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ الشئ حتى لو كان ذلك بغير موافقة باقى الشركاء. لهذا كان الاولى الجمع بين النصين. وقد تجنب القانون المصرى والسورى النص على الحكم الاول.

وحق الشريك فى حفظ المال الشائع او اى جزء منه كحقه فى حفظ ماله المفرز، اذ ان الحصة الشائع لا يمكن حفظها الا بحفظ المال كله. لهذا يكون له ايضا ان يتخذ الوسائل التى يصون بها المال من التلف والضياع، فله ان ينفق عليه للصيانه والترميم وله ان يتتبعه فى ايدى الآخرين وان يقيم الدعوى من أجل استرداد حيازته، ولكنه فى كل ذلك مقيد بقواعد الفضالة اذا اعترض الشركاء الآخرون على اعمال الحفظ

---

(١) حق الملكية – للدكتور منصور مصطفى منصور – المرجع السابق – ص١٤٥.

(٢) الملكية في قوانين البلاد العربية – ٢ – للدكتور عبد المنعم فرج الصده – المرجع السابق – ص٢١ و٢٢.

والنفقات التى انفقها فى سبيل ذلك، ورأى بعض الشراح ان يكون الشريك فى هذا وكيلا بحكم القانون[١].

من أحكام القضاء الحديثة:

١- أعمال الحفظ التى يحق للشريك على الشيوع إتخاذها بغير موافقة باقى الشركاء. م٨٣٠ مدنى. إتساعها لرفع دعاوى الحدود والحيازة والإستحاق وما يلحق بها من طلبات الإزالة والتعويض.

النص في المادة ٨٣٠ من القانون المدني على أنه " لكل شريك على الشيوع الحق في أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ الشئ ولو كان ذلك بغير موافقة باقى الشركاء يدل على أن لكل شريك على الشيوع منفرداً أن يقوم بأعمال الحفظ وهو في ذلك يعتبر أصيلاً عن نفسه ووكيلاً عن سائر الشركاء طالمالم يعترض أحد منهم على عمله، وكان من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن أحد أعمال الحفظ المعنية بالنص المشار إليه تتسع لرفع دعاوى الحدود والحيازة والإستحقاق وما يلحق بها من طلبات الإزالة والتعويض.

(الطعن ١٣٢٣ لسنة ٥٩ق جلسة ١٩٩٤/٣/٣٠ س٤٥ ص٥٨٤)

٢- إنفراد بعض المطعون ضدهم الملاك على الشيوع بإقامة دعوى بطلب زيادة التعويض المقدر عن كامل الأرض الشائعة المنزوع ملكيتها وإلزام الهيئة الطاعنة النازعة للملكية بدفعه دون إعتراض باقى الملاك المشتاعين. كفايته بذاته لإكتمال صفة الأولين في الدعوى. إنداج ذلك ضمن أعمال حفظ المال الشائع. القضاء لهم بالتعويض عن كامل المساحة المنزوع ملكيتها. صحيح.

(الطعن رقم ٤٨٦٢ لسنة ٧٣ق – جلسة ٢٠٠٥/٢/٢٢)

* * *

(١) الملكية العقارية في العراق – للأستاذ حامد مصطفى المرجع السابق – ص١١٦.

مـــادة (٨٣١)

نفقات ادارة المال الشائع وحفظه والضرائب المفروضة عليه وسائر التكاليف الناتجة عن الشيوع او المقررة على المال، يتحملها جميع الشركاء، كل بقدر حصته، ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالاقطار العربية، المواد التالية:

المادة ٨٤٠ ليبى و١٧٦ سورى و ١٠٦٧ عراقى و٧١٣ سودانى و٨٣٣ تقنين الموجبات اللبنانى.

الأعمال التحضيرية:

يراجع – لا حقا – التعليق بالاعمال التحضيرية الوارد على نص المادة ٨٣٢ مدنى.

رأى الفقه:

١– ليس نص المادة ٨٣١ مدنى الا تطبيقا للقواعد العامة، فكل الشركاء فى الشيوع ملاك للمال الشائع. فتتقسم تكاليف هذا المال عليهم جميعا كل بقدر حصته فيه، ومن ثم تنقسم على الشركاء، كل بقدر حصته، نفقات حفظ المال الشائع، وهى النفقات التى صرفت فى صيانته، وترميمه، او تسجيل سنده، او تحويطه بسور، او جنى ثماره قبل الندب، او قطع التقادم، او تعيين الحدود، او مصروفات الدعاوى التى رفعت لحفظ المال الشائع او غير ذلك من نفقات الحفظ. كذلك تنقسم على الشركاء كل بقدر حصته نفقات ادارة المال الشائع والضرائب المفروضة عليه، وسائر التكاليف الناتجة عن الشيوع كنفقة اصلاح الحائط المشترك او تجديده، او المقررة على المال كفوائد الديون واقساطها. وكل ذلك ما لم يتفق الشركاء على نسبة اخرى. فتقل مثلا بالانفاق حصة الشريك القائم بالادارة فى النفقات فى نظير قيامه بالادارة. وكل ذلك ايضا ما لم يوجد نص يقضى بغيره. ومن امثلة ذلك ما قضت به المادة ١/٨١٥ مدنى من تحمل الشريك الذى يقوم بتعلية الحائط المشترك بنفقات التعلية وصيانة الجزء المعلى وعمل ما يلزم لجعل الحائط يتحمل زيادة العبء الناشئ عن التعلية دون التعلية ان يفقد شيئا من متانته.

والرجوع على الشركاء فى الشيوع، كل بقدر حصته يكون بدعوى الوكالة او دعوى الفضالة او دعوى الاثراء بلا سبب.

ويجوز لأى من الشركاء التخلص من دفع حصته فى النفقات والتكاليف، ان يتخلى عن حصته فى المال الشائع. وهذه قاعدة عامة مقررة للتخلص من اى التزام عينى وهو الالتزام الذى يكون سببه ملكية العين. ويترتب على تخلى الشريك عن حصته ان تصبح هذه الحصة ملكا لباقى الشركاء كل بقدر نصيبه فى المال الشائع.

وفى هذه الحالة يتحمل باقى الشركاء النفقات كل بقدر حصته الجديدة اى بعد اضافة حصة الشريك المتخلى الى حصصهم(١).

٢- يتضح من نص المادة ٨٣١ من التقنين المدنى ان كل شريك ملزم قانونا بالمساهمة بقدر حصته فى المصاريف التى انفقها احدهم لحفظ المال او اصلاحه. ولكل شريك ان ينفق هذه المصاريف دون حاجة لموافقة بقية الشركاء، ومن مقتضى ذلك ان يكون لهذا الشريك حق الزام شركائه الآخرين مقدما بالوفاء بالمبلغ الذى يحتمل استحقاقه منه بحسب حصته الشائعة.

وتطبيقا لذلك تعتبر المبالغ التى يقترضها احد الشركاء لدفع الضرائب المقررة على مال مشترك مقترضة لتحقيق مصلحة الشركاء جميعا، وبناء عليه يتعين الحكم بصحة الحجز الذى يوقعه المقرض على المحصولات المشتركة قبل جنيها. كما يلتزم كل شريك بدفع نصيبه فى نفقات زراعة الارض التى جنى جزءا من محصولها.

ولما كان من المسلم به ان التزام الشريك على الشيوع بالاشتراك فى تكاليف والنفقات الناتجة عن الشيوع هو التزام عينى سببه الاشتراك فى ملكية العين الشائعة، كان من المتفق عليه تخويل الشريك حق التخلص من هذا الالتزام بالتخلى عن نصيبه فى الملكية. ويترتب على تخلى الشريك عن حصته على النحو المتقدم، ان تصبح هذه الحصة ملكا للشركاء الآخرين، كل بقدر نصيبه فى الملك الشائع، وذلك فى مقابل اعفاء شريكهم المتخلى من سائر الالتزامات الناشئة عن اشتراكه فى الملكية.

وهكذا يترتب على التخلى اثران احدهما مبرئ والاخر منشئ. اما اثره المبرئ فيتحقق فى حق الشريك المتخلى. واما الاثر المنشئ فيتصل بالشركاء الآخرين الذين تؤول اليهم ملكية حصة هذا الشريك. وينبنى على ذلك وجوب تسجيل سند التخلية اذا كان موضوع الشيوع عقارا حتى تنتقل الملكية فيما بين الشركاء وبالنسبة الى الغير، وذلك تطبيقا لنص المادة ٩ من قانون الشهر العقارى(٢).

٣- اذا قام احد الشركاء ببعض نفقات ادارة المال او حفظه وصيانته، او قام بدفع الضرائب المستحقة عليه وغيرها من التكاليف الناتجة عن الشيوع او المقررة على المال جاز له الرجوع على سائر الشركاء كل بقدر حصته.

فكل شريك ملزم اذن بتحمل نصيبه من النفقات المشتركة، ولما كان هذا الالتزام من الالتزامات المرتبطة بالشئ او الالتزامات العينية كما يسميها بعض الشراح، فان الشخص الذى يلتزم بالتزام يتعلق بشئ يمكنه ان يتحلل من هذا الالتزام بترك الشئ. ففكرة التخلص من التزام متعلق بعين من الاعيان عن طريق التخلية فكرة عامة التطبيق.

ويترتب على هذا التخلى ادخال نصيب الشريك المتخلى فى ملك سائر الشركاء كل بقدر نصيبه فى المال الشائع. ولذلك يجب تسجيل سند هذا التخلى اذا كان واردا على حصة فى عقار لأحكام الشهر العقارى(٣).

---

(١) الوسيط – ٨- للدكتور السنهوري – المرجع السابق – ص٨٠٧ وما بعدها.
(٢) حق الملكية – للدكتور محمد على عرفه – ١ – المرجع السابق – ص٣٩٢ و ٣٩٣.
(٣) الحقوق العينية الاصلية – للدكتور عبد المنعم البدراوى – المرجع السابق ص١٥١ و١٥٢.

٤- اذا كان الشركاء يشتركون فى مزايا الشئ الشائع، كل بحسب نصيبه، فيكون من البديهى ان يشتركوا كذلك فى تحمل ما ينفق عليه فى سبيل ادارته والمحافظة عليه، سواء انفقت هذه النفقات باتفاق الجميع أو بإتفاق الاغلبية فيما اعطاها القانون من سلطات، او من شريك بمفرده عند القيام بأعمال الحفظ، اذ تنفق هذه النفقات فى جميع الاحوال لحساب الشركاء جميعا، وفق ما نصت عليه المادة ٨٣١ مدنى.

والسائد فى الفقه بوجه عام ان الشريك يستطيع ان يتخلص من التزامه بالنفقات بالتخلص عن حقه. ويترتب على التخلى ان يؤول حق هذا الشريك الى سائر الشركاء دون حاجة الى قبول منهم، وتبرأ ذمة الشريك المتخلى من الالتزامات الناتجة عن الشيوع.

ويبدو لنا (الدكتور منصور مصطفى منصور)، دون الدخول فى تفاصيل الموضوع، ان مبدأ التخلى مع ما يترتب عليه من اثار، محل نظر، وقد يؤدى الى نتائج غير مقبولة. ونكتفى لايضاح هذا بان نفترض ان عدة شركاء فى سيارة تحطمت فى حادث قد اتفقوا على اصلاحها، وقام احدهم بالانفاق على الاصلاح، ثم تبين بعد الاصلاح انها لا تساوى ما انفق عليها. فمقتضى ما يذهب اليه الشراح انه يجوز لسائر الشركاء غير من انفق على الاصلاح ان يتخلوا عن حصصهم فتصبح السيارة ملكا خالصا لمن انفق على الاصلاح ويتحمل وحده المصاريف، والفرض انها اكثر من قيمة السيارة. وهذه فيما نرى (الدكتور منصور)، نتيجة غير مقبولة[١].

٥- حكم نص المادة ٨٣١ مدنى منطقى (بل بدهى)، فاذا كانت الشريك من منافع الشئ المملوك على الشيوع حصة معنية، فعليه ان يتحمل فيما تتكلفه ادارة هذا المال وحفظه وسائر الاعباء المفروضة عليه بقدر هذه الحصة، وسواء اتم انفاقها باتفاق الشركاء او بناء على قرار اغلبيتهم او من شريك واحد اذا كانت من نفقات الحفظ.

ولكن هل يجوز للشريك الذى يطالب بنصيبه فى نفقات المال المملوك على الشيوع ان يتخلص من مسئوليته عما يطالب به بالتخلى عن ملكية نصيبه فى الملك الشائع ؟ لا يتفق القانون المدنى نصا على ذلك، ولكن الفقه يذهب الى ان القواعد العامة تجيز التخلى عن الحق العينى للتخلص مما يرتبط به من التزامات، ولذا يرى ان من حق المالك على الشيوع ان يتخلى عن حصته كوسيلة للتخلص من التزامه بما يطالب به من نفقات ادارة الملك الشائع وحفظه فتؤول هذه الحصة الى باقى الشركاء كل بنسبة حصته[٢].

٦- قد يحتاج الانتفاع بالشئ الشائع الى نفقات، ومن الطبيعى ان يتحمل جميع الشركاء هذه النفقات لأنها تنفق لمصلحتهم جميعا. ويدخل فى

النفقات التى يتحملها الشركاء نفقات الادارة، كأجر المدير ومصروفات تحصيل الدخل، ونفقات الحفظ كالمبالغ التى انفقت فى ترميم الشئ وصيانته، ويدخل كذلك الضرائب المفروضة على الشئ الشائع كضريبة الاراضى الزراعية (م ٨٣١ مدنى).

---

(١) حق الملكية – للدكتور منصور مصطفى منصور – المرجع السابق – ص١٤٦ وما بعدها.
(٢) حقوق الملكية – للدكتور جميل الشرقاوى – المرجع السابق – ص١٢٤ و١٢٥.

وتقسم النفقات على الشركاء فى الشيوع كل بقدر حصته ما لم يوجد اتفاق بغير ذلك، فصاحب الحصة الكبيرة يتحمل قسما من النفقات اكبر من صاحب الصغيرة، لأن المنفعة التى تعود عليه من الشئ الشائع اكبر. ويتحمل الشركاء جميعا نفقات الشئ الشائع ايا كان من انفقها بشرط ان تكون له سلطة انفاقها، فقد يتم الاتفاق باجماع الشركاء، وقد يتم بموافقة اغلبهم فى الحالات التى تكفى فيها موافقة الاغلبية، وقد يتم الاتفاق بواسطة شريك واحد لا يملك الاغلبية، كما هو الحال بالنسبة لنفقات حفظ الشئ. وفى جميع الحالات المتقدمة يستطيع من انفق أن يعود على باقى الشركاء بما انفقه كل بقدر حصته بعد استنزال القدر الواجب عليه فى تلك النفقات.

ويرى جمهور الفقهاء ان لكل شريك ان يتخلص من النفقات الواجبة عليه بسبب الانتفاع بالمال الشائع اذا تخلى عن حصته فى هذا المال، فبهذا التخلى تؤول حصته الى سائر شركائه يتملكونها كل بقدر حصته الاصلية، وفى الوقت ذاته يسقط عن التخلى التزامه بالاسهام فى نفقات المال الشائع، بشرط الا يكون خطئه هو الذى استوجب هذه النفقات، ويؤسس هذا الحكم على ان التزام الشريك بالاسهام فى هذه النفقات هو التزام عينى سببه ملكيته لحصة فى العين، فيزول هذه الملكية[١].

٧- نفقات ادارة المال الشائع وحفظه وسائر التكاليف كالضرائب يتحملها جميع الشركاء. فاذا قام بها احد الشركاء كان له ان يرجع على الاخرين كل بقدر حصته.

فيستطيع كل شريك ان يتخلص من هذه النفقات اذا تخلى عن حصته فى المال الشائع. وذلك طبقا للقواعد العامة التى تجيز التخلى عن الحق العينى، فيكون لصاحب هذا الحق ان يتخلص حينئذ من الالتزامات التى يتحملها بسبب الشئ محل الحق. فاذا تخلى الشريك عن حصته آلت هذه الحصة الى الشركاء الآخرين، كل بقدر حصته. واذا كان المال الشائع عقارا وجب تسجيل هذا التخلى كى تنتقل الملكية الى الشركاء الآخرين، كل بقدر حصته. واذا كان المال الشائع عقارا وجب تسجيل هذا التخلى كى تنتقل الملكية الى الشركاء الآخرين، انما يمتنع على الشريك ان يتخلى كى يتخلص من النفقات اذا كانت حاجة المال الشائع الى هذه النفقات ترجع الى خطأ من جانبه، إذ يتعين عليه فى هذه الحالة ان يتحملها وحده[٢].

٨- يتحمل جميع الشركاء كل بقدر حصته جميع النفقات التى بذلت لادارة المال الشائع وحفظه وجميع الضرائب المفروضة عليه وسائر ما الى ذلك من التكاليف التى اصابته بسبب الشيوع او نص القانون. ولكن هذا لا يمنع الشركاء المخالفين فى الادارة من الاعتراض على حساب هذه النفقات او الطعن بصحتها او بكونها اكثر من المعتاد او الواقع.

---

(١) حق الملكية – للدكتور محمد لبيب شنب – المرجع السابق – ص٢٨٠ و ٢٨١.
(٢) الملكية في قوانين البلاد العربية – للدكتور عبد المنعم الصده – المرجع السابق – ص٢٢، ٢٣.

ويرى الاستاذ حامد مصطفى ان تخلى الشريك عن حصته الشائعة لا يعفيه مما ترتب على الشركة من نفقات اذا كان ما يصيبه منها اكثر من قيمة حصته عند اعلان التنازل. كما انه لا يعفى منها اذا كان خطؤه هو السبب[1].

من أحكام القضاء الحديثة:

١- لئن كان من الأصول المقررة وفقاً لنص المادتين ٨٣٠، ٨٣١ من القانون المدني أن للشريك في الشيوع منفرداً ودون حاجة إلى موافقة باقي الشركاء القيام بأعمال حفظ المال الشائع يستوي في ذلك أن تكون من الأعمال المادية أو من التصرفات القانونية، ويلتزم جميع الشركاء في ملكية المال الشائع بنفقات هذه الأعمال وتتقسم عليهم كل بقدر حصته في الملكية، إلا إنه إذ كان أحد الشركاء مستأثراً بالإنتفاع بالعقار المملوك على الشيوع فأصاب العقار التلف لسبب مرده خطأ هذا الشريك فإن مسئوليته عن تعويض ما حاق الشركاء الآخرين من ضرر تكون متحققة على أساس من قواعد المسئولية العقدية إن كان انتفاعه بالعقار محكوماً بإتفاق إنعقد بينه وبين سائر الشركاء أو على سند من المسئولية التقصيرية إن انتفى قيام العقد، والتعويض إما أن يكون عينياً وهو الأصل ويصار إلى عوضه أي التعويض النقدي إن تعذر التعويض عيناً، فإن أصلح الشريك الذي وقع منه الخطأ ما أصاب العقار من تلف فإن لا يعتبر عملاً من أعمال حفظ المال الشائع بل هو رفع الضرر عيناً عن المضرورين فلا يجوز له الرجوع بنفقات الإصلاح في هذه الحالة على الشركاء في الملكية الشائعة.

(الطعن رقم ١١٠ ـ لسنة ٥٦ ق ـ تاريخ الجلسة ١٥ / ١٢ / ١٩٨٨)

* * *

(١) الملكية العقارية في العراق – للأستاذ حامد مصطفى – المرجع السابق – ص١١٧.

مادة (٨٣٢)

للشركاء الذين يملكون على الاقل ثلاثة ارباع المال الشائع، ان يقرروا التصرف فيه اذا استندوا فى ذلك الى اسباب قوية، على ان يعلنوا قراراتهم الى باقى الشركاء. ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع الى المحكمة خلال شهرين من وقت الاعلان. وللمحكمة عندما تكون قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء، ان تقدر للظروف ما اذا كان التصرف واجبا.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالاقطار العربية. المواد التالية:
مادة ٧٤١ ليبى و٧٨٧ سورى و١٠٦٢ عراقى و٧٠٨ سودانى و٨٣٦ لبنانى.

الأعمال التحضيرية:

سار المشروع فى تغلب رأى الاغلبية الى حد بعيد، اذا اجاز لأغلبية اعلى من الاغلبية المعتادة (شركاء يملكون على الاقل ثلاثة ارباع قيمة المال) ان تتصرف فى المال الشائع بالبيع او المقايضة مثلا، اذا كانت هناك اسباب قوية تدعو الى ذلك، كما ان يكون هذا التصرف فى مصلحة الجميع، او ان يكون استغلال المال الشائع فى حالته التى هو عليها متعذرا. وقرار الاغلبية ملزم للاقلية، الا ان لهؤلاء حق التظلم الى المحكمة، ولهذه ان تراجع قرار الاغلبية، ولا تقره الا اذا رأت انه يحقق المصلحة، وان الالتجاء الى انهاء الشيوع من طريق قسمة المال المشاع ضار بمصالح الشركاء.

اما حفظ المال الشائع، فهو من حق كل شريك، وله ان يتخذ من الوسائل ما يلزم لذلك، كالترميم والصيانة ورفع دعاوى الحيازة. والشريك فى هذا فضولى يتصرف فى حدود قواعد الفضالة اذا لم يوافق الشركاء الآخرون على عمله. ونفقات الادارة والحفظ، وسائر التكاليف كالضرائب، يتحملها جميع الشركاء كل بقدر حصته، الا اذا اتفق الشركاء جميعا على غير ذلك، ولا تكفى الاغلبية مهما علت. ولكل شريك ان يتخلص من الالتزام بالنفقات اذا هو تخلى عن حصته، كما هو شأن لكل صاحب حق عينى[1].

رأى الفقه:

١- يخلص من نص المادة ٨٣٢ من القانون المدنى انه بالرغم من ان التصرف فى المال يقتضى اتفاق جميع الشركاء، الا انه قد تعرض ظروف هامة وتقوم اسباب قوية تستدعى فى هذا المال، ومع ذلك يتعذر اجماع لأغلبية كبيرة من الشركاء ان يقرر التصرف فى المال الشائع، مع اعطاء الاقلية غير الموافقة الضمانات الكافية.

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني – الجزء ٦ – ص٩٥.

اما الاسباب القوية التى تستدعى التصرف فى المال الشائع وهو باق على الشيوع فتتحصل فى انه يسوء استغلال المال الشائع وهو باق على الشيوع، ولا توجد طريقة لتلافى هذا النقص، ويظهر من جهة اخرى ان قسمة المال بين الشركاء ضار بمصالحهم فعندئذ يتبين ان الاجدى ليس هو بقاء الشيوع او القسمة، بل هو التصرف فى المال الشائع. وقد تواتى فرصة يستطاع معها التصرف فى المال الشائع فى صفقة رابحة يخشى من فواتها والا تعود. وقد تتعذر ادارة المال الشائع بالرغم من جميع الوسائل التى هيأها القانون لادارته، وتكون القسمة العينية ضارة بالشركاء، ويكون التصرف فى المال لأجنبى هو خير وسيلة لقسمته. وقد تحتاج العين الشائعة الى تعمير يستدعى نفقة، ولا سبيل الى الحصول على المال اللازم الا عن طريق رهن العين. بل قد يتبين ان هناك طريق افضل لاستغلال المال الشائع كأن تكون ارضا مثلا وفى اقامة مبان عليها مضاعفة لغلتها والحصول على المال اللازم لاقامة المبانى يقتضى رهن الارض. هذه الاسباب وامثالها تعتبر اسبابا قوية تستدعى التصرف فى العين الشائعة تارة بالبيع وطورا بالرهن.

وكالتصرف فى العين الشائعة كلها التصرف فى جزء مفرز منها، فتقوم اسباب قوية تستدعى، ليس التصرف فى جميع العين الشائعة، بل فى جزء مفرز فيها فقط. ويتعذر اجماع الشركاء على التصرف، فيجوز للاغلبية سالفة الذكر، من باب اولى، التصرف فى هذا الجزء المفرز.

فلابد اذن من الترخص فى شرط الاجماع والاكتفاء بأغلبية كبيرة، وذلك فى مصلحة جميع الشركاء.

ويشترط القانون ان تكون هذه الاغلبية هى عدد من الشركاء يملكون على الاقل ثلاثة ارباع المال الشائع. وهذه هى نفس الاغلبية المقررة فى الادارة غير المعتادة. والعدد الذى يملك هذا القدر من المال الشائع قد يكون كبيرا او قليلا، بل قد يكون شريكا واحدا. فاذا ملك شريك ثلاثة ارباع المال الشائع، كان له ان يقرر وحده التصرف فى هذا المال اذا قامت اسباب قوية تدعوا الى ذلك.

وحماية المشرع للاقلية تتمثل فى ان قرار الاغلبية لا يكون نافذا فورا، بل يجب اعلانه اليهم بورقة على يد محضر او بكتاب مسجل او غير مسجل او اخطار شفوى. على ان عبء اثبات حصوله على الاغلبية، ولأى شريك من فريق الاقلية – فى خلال شهرين من وقت اعلانه بقرار الاغلبية ان يعارض فى هذا القرار امام المحكمة المختصة.

والمحكمة تستوثق اولا من قيام اسباب قوية تستدعى التصرف فى العين الشائعة، فان لم تقتنع بذلك الغت قرار الاغلبية.

اما اذا اقتنعت بقيام هذه الاسباب القوية، فانها تنتقل بعد ذلك الى النظر فيما اذا كان من الممكن قسمة عينية لتخليص الشركاء من الشيوع واطلاق يد كل واحد منهم فى نصيبه مفرزا، فلا يعود الامر فى حاجة الى فرض قرار الاغلبية على الاقلية. فاذا رأت المحكمة ان القسمة العينية لا تضر بمصالح الشركاء، امرت بها، ولو من تلقاء نفسها، دون ان يطلبها احد من الشركاء.

اما اذا تبينت المحكمة ان القسمة العينية ضارة بمصالح الشركاء، فانها تنتقل اخيرا الى تقرير ما اذا كان التصرف الذى قررته الاغلبية تصرفا حكيما تبرره الظروف القائمة وليس فيه غبن فادح، فهى فى النهاية تقدر تبعا للظروف ما اذا كان التصرف واجبا، فان رأته واجبا امرت به ونفذته الاغلبية وفقا للقرار الذى اتخذته فى هذا الشأن، بعد ان اعطيت الاقلية الضمانات المعقولة للاستيثاق من صواب هذا القرار. وان لم تره المحكمة واجبا الغت قرار الاغلبية، ولم يعد التصرف ممكنا بعد ذلك الا باجماع الشركاء[١].

٢- يتضح من نص المادة ٨٣٢ من التقنين المدنى:

(اولا) انه يجوز للشركاء الذين يملكون ثلاثة ارباع المال الشائع على الاقل، ان يقرروا التصرف فيه. وكلمة التصرف هنا عامة، فهى تشمل التصرفات الناقلة للملك كالبيع او المقايضة مثلا، كما تشمل من باب اولى مجرد الرهن، لأن من يملك الاكثر يملك الاقل.

(ثانيا) يشترط لصحة هذا القرار ان يستند الى اسباب قوية تبرره، كأن يكون التصرف الذى قررته الاغلبية فى مصلحة الجميع، كانتهاز فرصة مواتية لبيع المال الشائع بثمن يزيد عن قيمته الحقيقية او لحاجة الشركاء الى اقتراض اللازم لاصلاح هذا المال او ادخال تحسينات عليه من شأنها ان تزيد فى غلته او ان تجعل استغلاله ممكنا.

(ثالثا) يجب لنفاذ قرار التصرف فى حق الاقلية التى لم توافق عليه ان يعلن اليهم، ولمن خالف من هؤلاء حق الطعن فى قرار الاغلبية بدعوى يرفعها الى المحكمة المختصة خلال شهرين من وقت الاعلان. فان مضت هذه المدد دون ان يتقدم احد للطعن فى هذا القرار، اعتبر ساريا فى حق الجميع.

(رابعا) اذا رفعت الدعوى بالطعن فى قرار الاغلبية، وكانت قسمة المال الشائع ممكنة دون ضرر بمصالح الشركاء، وجب على المحكمة ان تأمر باجراء القسمة او على الاقل بتجنيب حصة الشريك الطاعن اذا طلب اليها ذلك.

اما ان كانت القسمة ضارة بمصالح الشركاء، فللمحكمة ان تزن الاسباب التى استندت اليها الاغلبية لتبرر قرار التصرف، فان هى قدرت انها توجب التصرف الذى اقرته الاغلبية ابرمته، وألا قضت ببطلان هذا القرار، فيبطل بالتالى التصرف الصادر تنفيذا له لأن ما بنى على الباطل باطل.

ويرى الدكتور محمد على عرفه ان التصرف لا يبطل الا فى حق الشريك الذى اعترض عليه فقط. اما اولئك الذين ابرموا التصرف او لم يعترضوا عليه رغم اعلانهم به فلا يقبل منهم الطعن فى هذا التصرف بالبطلان، لأن من سعى فى نقض ما تم على يديه فسعيه مردود عليه. كما ان البطلان هنا مقرر لحماية الشريك المعترض فلا يسوغ للغير ان يفيد منه[٢].

---

(١) الوسيط – ٨ – للدكتور السنهوري – المرجع السابق – ص٨٣٨ وما بعدها.
(٢) حق الملكية – ١ – للدكتور محمد على عرفه – المرجع السابق – ص٤٠٤ و ٤٠٥.

٣- استحدثت المجموعة المدنية الجديدة حكما جديدا خاصا بالتصرف فى المال الشائع، هو نص المادة ٨٣٢ مدنى.

وهكذا سار المشرع فى تغليب رأى الاغلبية حتى فيما يتعلق بالتصرف فى المال نفسه. ويجب ان يؤخذ التصرف هنا بمعناه القانونى المعروف، فيدخل فيه التصرفات الناقلة للملك كالبيع والمقايضة، والتصرفات المنشئة لحقوق عينية كالرهن.

والاغلبية المشترطة هنا هى اغلبية ملاك ثلاثة ارباع المال الشائع. ويجب ان يستند التصرف الى اسباب قوية، كأن يكون التصرف فى مصلحة الجميع، او ان يكون استغلال المال فى حالته التى هو عليها متعذرا، او اذا كان الشركاء فى حاجة الى الاقتراض لاصلاح المال الشائع(١).

٤- قد لا يتفق الشركاء جميعا على التصرف فى المال الشائع، وهذا كثيرا ما يحدث، ولقد اجاز القانون عندئذ للاغلبية المالكة لثلاثة ارباع المال ان تتصرف فيه تماما كما فعل بالنسبة لأعمال الادارة غير المعتادة، وهذا هو ما تنص عليه المادة ٨٣٢ من القانون المدنى، وهذا النص يعنى انه بالرغم من ان التصرف فى المال الشائع يقتضى بحسب الاصل موافقة جميع الشركاء، الا ان المشرع قد اجاز للاغلبية المالكة لثلاثة ارباع المال الشائع الحق فى التصرف فيه اذا استندت فى ذلك الى اسباب قوية، على ان تعلن قراراتها الى الاقلية التى لها حق الاعتراض فى مدة شهرين من تاريخ الاعلان(٢).

٥- لم يقتصر الراع فى التقنين المصرى (م ٨٣٢ مدنى) والليبى (م ٨٤١ مدنى) والسورى (م ٧٧٨ مدنى) على تغليب رأى اغلبية الشركاء فى اعمال الادارة، بل خول الاغلبية ايضا سلطة التصرف. انما يجب لجواز التصرف ايا كان نوعه ان تقرره اغلبية خاصة بحيث تمثل ثلاثة ارباع المال الشائع على الاقل، كما يجب ان توجد اسباب قوية تدعوا الى ذلك، كأن تكون هناك فرصة مواتية لبيع المال الشائع بثمن مرتفع، او يكون استغلال المال الشائع فى حالته التى هو عليها متعذرا. فاذا رأت الاغلبية فى مثل هذه الحالات التصرف فى المال الشائع تعين عليها ان تعلن قرارها الى باقى الشركاء، ويكون هذا القرار ملزما للاقلية، وبذلك تنوب الاغلبية نيابة قانونية عن الاقلية. الا ان للاقلية حق التظلم الى المحكمة خلال شهرين من وقت الاعلان. وتختلف سلطة المحكمة حينئذ بحسب ما تطلبه الاقلية، فاذا طلبت الاقلية الغاء القرار، ولم تطلب القسمة، انحصر عمل المحكمة فى تقدير ما اذا كان التصرف يستند الى اسباب قوية تبرره، فيكون للمحكمة تبعا للظروف ان تلغى قرار الاغلبية او تقرها على رأيها. اما اذا طلبت الاقلية القسمة، فان المحكمة تنظر اولا فيما اذا كانت القسمة ضارة فى هذا الوقت او غير ضارة. فاذا قدرت ان القسمة لا تضر بمصلحة الشركاء امرت بالقسمة، ولو كان الشريك المتظلم الذى طلب القسمة ملزما بالبقاء فى الشيوع بمقتضى اتفاق لم ينته اجله، وذلك لأن السلطة المخولة للاغلبية فى التصرف سلطة

---

(١) الحقوق العينية الأصلية – للدكتور عبد المنعم البدراوى – المرجع السابق – ص١٥٣ .
(٢) الحقوق العينية الأصلية – للدكتور محمد على عمران – المرجع السابق – ص٣٠٨ و ٣٠٩.

استثنائية، فيجب ان يمكن الشريك المعارض فى التصرف من الخروج من الشيوع ما دام ان القسمة لا تضر بمصلحة الشركاء. واذا تبينت المحكمة ان القسمة تضر بمصلحة الشركاء كان عليها ان تنظر فيما اذا كانت هناك اسباب قوية تدعوا الى التصرف، فاذا قدرت ان التصرف واجب وافقت على قرار الاغلبية، واذا لم تجده كذلك امرت بالغاء القرار.

اما القانون المدنى العراقى فليس فيه نص يخول اغلبية الشركاء سلطة التصرف. واما القانون اللبنانى (تقنين الموجبات والعقود) فانه بمقتضى النص الصريح للمادة ٨٣٦ يأبى على اغلبية الشركاء ان تكون لها سلطة فيما يتعلق بأعمال التصرف[1].

من أحكام القضاء الحديثة:

١- النص في المادة ٨٣٢ من القانون المدني على أنه " للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا التصرف فيه إذا إستندوا في ذلك إلى أسباب قوية على أن يعلنوا قراراتهم إلى باقي الشركاء – ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان، وللمحكمة عندما تكون قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء، أن تقدر تبعاً للظروف ما إذا كان التصرف واجباً " مفاده أن المشرع وإن خول أغلبية الشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع الحق في أن يقرروا التصرف فيه كله دون الرجوع إلى باقي شركائهم أصحاب الأقلية إلا أنه اشترط لذلك إعلان هؤلاء بالقرار حتى إذا لم يصادف قبولاً لدى أي منهم كان له حق الاعتراض عليه أمام المحكمة خلال شهرين من وقت إعلانه به ومؤدى ذلك أن المعول عليه في انفتاح ميعاد الاعتراض على قرار الأغلبية هو بإعلانهم أصحاب الأقلية به مما لا يغنى عنه الإعلان الحاصل من غيرهم أو علم أصحاب الأقلية بهذا القرار بأي طريقة أخرى ولو كانت قاطعة.

(**الطعن رقم ١٥٣١ ـ لسنة ٥١ ق ـ تاريخ الجلسة ٣١ / ١٢ / ١٩٨٥**)

* * *

(١) الملكية في قوانين البلاد العربية – الملكية الشائعة – ٢ – للدكتور عبد المنعم فرج الصده – المرجع السابق – ص٢٦، ٢٧.

مادة (٨٣٣)

(١) للشريك فى المنقول الشائع او فى المجموع من المال ان يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة التى باعها شريك غيره لأجنبى بطريق الممارسة، وذلك خلال ثلاثين يوما من تاريخ علمه بالبيع او من تاريخ اعلانه به.

(٢) ويتم الاسترداد باعلان يوجه الى كل من البائع والمشترى، ويحل المسترد محل المشترى فى جميع حقوقه.

(٣) والتزاماته اذا هو عوضه عن كل ما انفقه.

واذا تعدد المستردون فلكل منهم ان يسترد بنسبة حصته.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية المواد التالية:
مادة ٨٤٢ ليبى و٨٣٨ لبنانى و٧١٤ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

قصر المشروع حق استرداد الحصة الشائع على المنقول دون العقار. وجعل الشفعة فى العقار معنية عن هذا الحق، حتى لا تتضارب الحقوق فى الميدان الواحد. ولم ير المشروع التمييز بين شريك اصلى وشريك عارض. وجعل الحق فى المنقول الشائع او فى المجموع من المال (كالمتجر او التركة ولو حوت عقارا) وقيده بمواعيد قصيرة حتى لا يظل مصير التصرف معلقا مدة طويلة، فأوجب على المسترد ان يعلن البائع والمشترى برغبته فى الاسترداد فى ظرف شهر على الاكثر من يوم ان يعلن بالبيع، ولم يحدد ميعادا للاعلان بالبيع بل ترك الامر ليقظة صاحب الشأن فان اعلن المسترد رغبته فى الاسترداد واتفق الجميع حل المسترد محل المشترى فى جميع حقوقه والتزاماته كما فى الشفعة، وعوض المسترد المشترى كل ما انفقه. واذا لم يتم الاتفاق، تولت المحكمة الفصل فى الامر. ولم يلزم المشروع المسترد ان يعرض الثمن عرضا حقيقيا. فيكفى اذن اظهار الرغبة فى الاسترداد وفى الاستعداد لدفع الثمن وبقية النفقات. واذا اراد اكثر من شريك لن يسترد الحصة المبيعة كان لكل منهم ان يسترد بنسبة حصته.

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني – الجزء ٦ ص٩٨)

رأى الفقه:

١- يخلص من نص المادة ٨٣٣ مدنى ان القانون اعطى للشريك فى الشيوع حق استرداد الحصة الشائع التى باعها شريك آخر، وحق الاسترداد هذا مصدره التاريخى هو القانون الفرنسى يرد فى بيع الحصة على عقار فهذا الحق اذن ملازم للشيوع.

فنطاق حق الاسترداد – هو الذى يهيمن على شروطه، فحق الاسترداد لا يرد الا فى منقول شائع قائم بذاته، والا فى مجموع من المال ولو اشتمل هذا المجموع على عقار، ومثال على المجموع من المال: التركة والمتجر، فلو باع احد الورثة حصته

الشائعة فى التركة لأجنبى، كان لباقى الورثة اخذ هذه الحصة من الاجنبى عن طريق حق الاسترداد حتى لو كانت التركة تشتمل على عقارات ما دامت هذه العقارات مندمجة فى هذا المجموع من المال. واذا باع احد اصحاب المتجر حصته الشائعة فى المتجر لأجنبى كان لباقى اصحاب المتجر اخذ هذه الحصة من الاجنبى عن طريق حق الاسترداد. كذلك يرد حق الاسترداد – فى التقنين المدنى الحالى – على المنقول الشائع المعين بالذات اى غير المندمج فى المال كالسيارات والحلى والجواهر والاوانى واثاث المنازل.

والشروط الواجب توافرها لاستعمال حق الاسترداد، هى:

١– يجب ان يصدرعقد بيع من احد الشركاء على الشيوع. ولا يقوم مقام البيع اى عقد آخر من عقود التصرف تبرعا كان او معاوضة، فلا يجوز استعمال حق الاسترداد لا فى الهبة ولا فى الوصية، لأن كلا من الهبة والوصية كانت لاعتبارات شخصية يتعارض معها استعمال حق الاسترداد، وكذلك فى المقايضة والوفاء بالدين والحصة فى الشركة. كما لا يجوز الاسترداد فى البيع بالمزاد، اذ كان فى وسع الشريك المسترد ان يمنع الاجنبى من رسو المزاد عليه بتخله فيه.

٢– يجب ان يبيع الشريك حصته الشائعة كلها او بعضها فى منقول او مجموع من المال، فتقرير حق الاسترداد حتى لا يقتحم الاجنبى حرم الشركاء. ولابد ان يكون المبيع حصة شائعة. اما الحصة المفرزة فتتوقف على نتيجة القسمة (م ٢/٨٢٦ مدنى).

٣– يجب ان يصدر البيع الىاجنبى عن الشركاء، لأنه لو صدر الى شريك آخر لما كان فى ذلك ما يتضرر منه باقى للشركاء، فالشريك المشترى له حق الاسترداد مثل باقى الشركاء فيفضل عليهم. اما اذا اشترى اجنبيان كل منهما حصة شائعة لأحد الشركاء، كان لشريك آخر ان يسترد الحصة المبيعة لأحد الاجنبيين دون الاخر، لأنه قد يتضرر من دخول احدهما شريكا ولا يتضرر من دخول الاخر.

٤– يجب ان يكون المسترد للحصة الشائعة المبيعة هو احد الشركاء. ولم يميز التقنين المدنى الحالى بين شريك اصلى وشريك غير اصلى. والشريك وحده هو الذى يسترد، فهذه رخصة له او هى حق متصل بشخصه، فلا يجوز لدائنيه ان يستعملوا هذا الحق باسمه وان يستردوا نيابة عنه. ويجب ان يكون الشريك المسترد شريكا فى الملك او على الاقل فى الرقبة.

اما اجراءات الاسترداد – فانه يجب طلب الاسترداد قبل القسمة خلال ثلاثين يوما من تاريخ علم الشريك المسترد بالبيع او من تاريخ اعلانه. فاذا انقضى ميعاد الثلاثين يوما محسوبا من يوم الاعلان بالبيع او من يوم العلم به بحسب الاحوال، ولم يطلب اى من الشركاء الاسترداد، فقد سقط الحق فيه، واصبح بيع الحصة الشائعة للاجنبى بيعا باتا لا يجوز الاسترداد فيه. ومن يريد من الشركاء استرداد الحصة الشائعة المبيعة عليه ان يعلن فى خلال ثلاثين يوما من يوم اعلانه بالبيع او من يوم علمه به كلا من البائع والمشترى انه يسترد الحصة المبيعة، وليس للاعلان شكل معين فقد يكون شفويا ويقع عبء اثباته على الشريك المسترد، وان يتضمن الاعلان استعداد الشريك المسترد لدفع الثمن والفوائد والمصروفات، دون اشتراط العرض الحقيقى.

وبمجرد الاعلان يصبح المسترد مالكا للحصة الشائعة المبيعة ومدينا بالثمن وملحقاته، مع مراعاة وجوب التسجيل لنقل ملكية العقار اذا كانت الحصة شائعة فى مجموع من المال يشتمل على عقارات. فاذا امتنع من يحوز الحصة الشائعة البائع او المشترى عن تسليمها الى المسترد كان لهذا ان يرفع دعوى يطالب فيها بثبوت الاسترداد والتسليم، واذا امتنع المسترد عن دفع الثمن والملحقات كان لصاحب الشأن البائع او المشترى ان يرفع دعوى يطالب فيها المسترد بالدفع (الوسيط – ٨ – للدكتور السنهوري – المرجع السابق – ص٨٥٠ – وما بعدها).

٢– ينشئ النص علاقات ثلاثة بين المسترد والمشترى، وبين المسترد والبائع، وبين البائع والمشترى.

(١) فاذا توافرت الشروط المنصوص عليها فى المادة ٨٣٣ مدنى، وباشر احد الشركاء ما خوله له القانون من حق، نشأت علاقة بين المسترد والمشترى يحل بمقتضاها المسترد محل المشترى فى علاقته بالبائع، وهذا هو ما نصت عليه صراحة المادة ٨٣٣ مدنى. ويتم هذا الحلول من الوقت الذى تم فيه البيع لا من وقت الاسترداد فاذا كان المشترى قد رتب على الحصة الشائعة المبيعة حقا للغير، فان هذا الحق لا يحتج به فى مواجهة المسترد، ولا يلتزم المشترى قبل المسترد بضمان التعرض والاستحقاق ولا بضمان العيوب الخفية، اذ ان هذه الالتزامات تنشأ عن البيع على عاتق البائع فقط. وتقع هذه الالتزامات لا على عاتق المشترى بل على عاتق البائع، اذ يترتب على الاسترداد حلول المسترد محل المشترى فى علاقته بالبائع. ويترتب ايضا على هذا الحلول التزام المسترد بدفع الثمن للبائع، فاذا كان المشترى قد دفع الثمن وجب على المسترد ان يرده اليه. واذا كان الثمن مؤجلا او مقسطا انتفع المسترد بالتأجيل او التقسيط.

(ب) ويترتب على الاسترداد حلول المسترد محل المشترى فى علاقته بالبائع فى جميع حقوقه والتزاماته. فاذا لم يكن المشترى قد وفى الثمن للبائع وجب على البائع الوفاء به. ويلاحظ ان المسترد لا يلزم نحو البائع الا بالثمن الحقيقى. فاذا كان الثمن المذكور فى عقد البيع صوريا كأن يذكر المتعاقدان ثمنا اكبر من الثمن الحقيقى رغبة منهما فى الحيلولة بين المسترد وبين حقه فى المطالبة بالاسترداد. اما اذا كان المبيع حصة شائعة فى مجموع من المال مشتمل على عقار، فلا تنتقل الملكية هنا الا بالتسجيل.

(ج) ويترتب على الاسترداد حلول المسترد محل المشترى فى علاقته بالبائع، وتنتهى بذلك العلاقة التى كانت قائمة بين البائع والمشترى. فاذا كان المشترى لم يوفى بالثمن فليس للبائع مطالبته به. واذا كان للمشترى قبل البائع حقوق قبل الاسترداد، فلا يكون له بعد الاسترداد مطالبة البائع بها.(الحقوق العينية الأصلية – للدكتور محمد على عمران – المرجع السابق– ص٣١٧، ٣١٨).

٣– الاسترداد هو حق الشريك فى المنقول الشائع او فى المجموع من المال ان يحل محل المشترى للحصة الشائعة التى باعها شريك غيره لأجنبى، وهو احد طريقين اراد بهما الشارع ان يمكن الشركاء من منع دخول اجنبى بينهم فى الشيوع، والطريق

الثانى هو الشفعة. ولكل من الحقين نطاقه الذى يباشر فيه، فحق الاسترداد لا يكون الا فى بيع الحصة الشائعة فى منقول معين او فى مجموع من المال، وحق الشفعة لا يكون الا فى بيع الحصة الشائعة فى عقار معين، وبذلك لا يكون امام الشريك فى بيع معين الا طريق واحد حق الاسترداد وحق الشفعة يتفقان فى المبررات التى تنهض بما فى الشيوع، الا ان للشفعة نطاقا يجاوز حالة الشيوع، فلها اسباب عديدة يعتبر الشيوع واحدا منها. ولذلك تنفرد الشفعة بقيود واحكام لا نجدها فى الاسترداد. والمصدر التاريخى لحق الاسترداد هو القانون الفرنسى، اما المصدر التاريخى لحق الشفعة فهو الشريعة الاسلامية.

ولا يثبت حق الاسترداد بمقتضى المالدة ٨٣٣ مدنى مصرى والمادة ٨٤٢ مدنى ليبى الا بالنسبة لبيع الحصة الشائعة فى منقول معين، وهذا حكم استحدثه الشارع فى التقنين الحالى مراعيا فى ذلك ان الشفعة لا تجوز عند بيع المنقول وان الحكمة من اعطاء حق الاسترداد تتوفر ايضا اذا بيعت حصة شائعة فى المنقول لأجنبى، وهو يثبت كذلك عند بيع الحصة الشائعة فى مجموع من المال كالتركة التى تتكون من عناصر متعددة، واموال الشركة بعد حلها والمتجر حتى لو حوى هذ المجموع عقارا.

وليست هناك تفرقة فيما بين ما يتعلق بسبب الشيوع ولا بين شريك وآخر فحق الاسترداد يثبت ايا كان سبب الشيوع، وهو يثبت لكل شريك فى الشيوع، وذلك دون تفرقة بين شريك اصلى وهو الذى كان موجودا منذ بدء الشيوع، وشريك عارض وهو الذى لم يدخل فى الشيوع الا فى تاريخ لاحق.

واذا تعدد الرشكاء الذين يريدون استرداد الحصة المبيعة كان لكل ان يسترد بنسبة حصته (الملكية في قوانين البلاد العربية – الملكية الشائعة – للدكتور عبد المنعم فرج الصده – المرجع السابق – ص٤١ وما بعدها).

من أحكام القضاء الحديثة:

١– متى كانت الحصة الشائعة التى باعها الوارث هى حصة فى عين معينة وليست حصة فى مجموع مشتملات التركة بما لها وما عليها من حقوق والتزامات، فانه لا يكون لباقى الورثة حق فى طلب الاسترداد استنادا الى المادة ٤٦٢ مدنى قديم والمادة ٨٣٣ مدنى جديد ولو كانت العين المبيعة هى كل ما تركة المورث على ما استقر عليه قضاء هذه المحكمة.

(جلسة ١٩٦٥/٢/١٦ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٧ – مدنى – ص٢٢٥)

٢– دعوى استرداد الحصة المبيعة لأجنبى على الشيوع هى دعوى بتحويل الحقوق والالتزامات فيما بين البائع والمشترى الى ما بين البائع والمسترد فتزول صلة البائع بالمسترد، ويعتبر البيع كأنه بيع مباشرة الى المسترد، ومن ثم تكون هذه الدعوى غير قابلة للتجزئة ويجب اختصام البائع والمشترى فيها فى كافة مراحل التقاضى بما فيها مرحلة الطعن بالنقض.

(نقض – جلسة ١٩٥٢/١٢/١٨ – مجموعة القواعد – ص١٠٩٢)

٣- الإعلان الموجه من الشريك البائع لحصة شائعة في المنقول أو في مجموع من المال أو ممن إشترى منه إلى باقى الشركاء. وجوب إشتماله على شروط البيع ومنهامقدار الثمن الذى تم به حتى يستطيع باقى الشركاء أن يعملوا إدارتهم في الصفقة فيستردونها أو يتروكونها العلم الذى يبدأ منه سقوط الحق في طلب الإسترداد مقصودة. م٨٣٣/١ مدني.

(الطعن ١١٩١ لسنة ٥٣ق جلسة ١٩٩٢/٢/١٠ س٤٣ ص٢٧٧)

٤- الشريك الذى يطلب إنهاء حالة الشيوع والحصول على ما يقابل حصته من ثمن العقار المبيع بالمزايدة عند عدم إمكان قسمته بغير ضرر. عدم إعتباره دائناً لباقى الشركاء ولا حاجزاً على العقار. عدم إنطباق المادة ٢٧٧ مرافعات على الحكم ببيع العقار.

الشريك الذى يطلب إنتهاء حالة الشيوع والحصول على ما يقابل حصته من ثمن العقار المبيع بالمزايدة عند عدم إمكان قسمته عيناً لا يعتبر دائناً لباقى الشركاء المشتاعين معه ولا حاجزاً على هذا العقار الشائع فلا ينطبق على الحكم ببيع العقار نص المادة ٢٧٧ من قانون المرافعات.

(الطعن ٢١١٦ لسنة ٦٦ق ١٩٩٧/٦/٢٩ س٤٨ ص١٠٣٤)

* * *

obeikan.com

إنقضاء الشيوع بالقسمة

مادة (٨٣٤)

لكل شريك ان يطالب بقسمة المال الشائع ما لم يكن مجبرا على البقاء فى الشيوع بمقتضى نص او اتفاق. ولا يجوز بمقتضى الاتفاق ان تمنع القسمة الى اجل يجاوز خمس سنين. فاذا كان الاجل لا يجاوز هذه المدة نفذ الاتفاق فى حق الشريك وفى حق من يخلفه.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٨٤٣ ليبى و٧٨٨ سورى و١٠٧٠ عراقى و٨٤٠ و٨٤١ لبنانى و٧١٥ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

١- ادخل المشروع من المرونة على الحق فى طلب القسمة ما يجعل هذا الحق يتمشى مع مصلحة الشركاء ولا يقبل فيه التحكم. والاصل ان كل شريك من حقه ان يطلب القسمة حتى يتخلص من الشيوع، على انه قد يجبر على البقاء فى الشيوع بمقتضى نص فى القانون، كما هو الحال فى الشيوع الاجبارى اذا تبين من الغرض الذى اعد له المال، انه يجب ان يبقى دائما على الشيوع (م ١٢٢١ من المشروع)، وكما هو الحال فى الاجزاء المشتركة فى ملكية الطبقات (م ١٢٢٧ من المشروع). وقد يكون البقاء فى الشيوع متفقا عليه من الشركاء كما هو الحال فى ملكية الاسرة (م١٢٢٢ وما بعدها من المشروع)، وقد يتفق الشركاء فى الشيوع المعتاد على البقاء فيه الى اجل يجب الا يزيد على خمس سنين فان زاد انقص الى المدة المنصوص عليها فى هذه المادة.

٢- على ان المحكمة تملك حرية التقدير فى كل ذلك بما يتفق من مصالح الشركاء، كما تقدم، فلها ان تلزم الشركاء ان يبقوا فى الشيوع، دون ان يكون هناك سابق اتفاق على ذلك، اذا رأت ان القسمة فى الحال ضارة بمصلحتهم، ولها من باب اولى ان تبقى الشيوع حتى بعد انتهاء الاجل المحدد للبقاء فيه بين الشركاء، وعلى العكس من ذلك لها ان تأمر بالقسمة حتى قبل انتهاء الاجل المحدد للبقاء فى الشيوع كل هذا اذا كان هناك سبب قوى يبرره وتتوخى المحكمة فى تقدير الظروف مصالح الشركاء جميعا.

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني – جزء ٦ – ص١٠١)

رأى الفقه:

١- يتبين من نص المادة ٨٣٤ مدنى ان من حق كل شريك فى اى وقت ما دام الشيوع قائما ان يطلب بموجب نص فى القانون، وما لم يكن قد اتفق مع سائر الشركاء على البقاء فى الشيوع لمدة معينة. فاذا كان الشيوع قد زال بالقسمة لم يجز طلب قسمة

المال مرة اخرى بعد القسمة الاولى، الا اذا ثبت ان القسمة الاولى باطلة او ان بها عيبا يجيز ابطالها فأبطلت او انها فسخت او زالت بأى وجه، كذلك لا يثبت الحق فى القسمة قبل ابتداء الشيوع، فاتفاق الورثة قبل موت مورثهم على قسمة ما سيؤول اليهم من تركته يكون باطلا باعتباره تعاملا فى تركة مستقبلة. كذلك لا يجوز للشريك ان يطلب القسمة اذا كان قد تقيد باتفاق مع سائر الشركاء على البقاء فى الشيوع لمدة معينة وطوال هذه المدة، مثال ذلك حتى يستكمل ناقص الاهلية منهم اهليته، او حتى يعود الغائب منهم الذى يتوقعون عودته بعد مدة معينة، وقد تقتضى القسمة بيع بعض اعيان شائعة وبيعها فورا يعود عليهم بخسارة، فيستبقون الشيوع بالاتفاق لمدة معينة حتى تواتى فرصة ملائمة لبيع هذه الاعيان .... وهكذا.

ولما كان البقاء فى الشيوع عملا من اعمال الادارة، فالاتفاق عليه لا يقتضى من الشريك الا ان يكون متوافرا على اهلية الادارة، فلا تلزم اهلية التصرف، وليس من الضرورى ان يدخل فى الاتفاق جميع الشركاء على البقاء فى الشيوع فيكون هذا الاتفاق ملزما لهم دون غيرهم من الشركاء الذين لم يدخلوا فى الاتفاق.

وتعين المادة ٨٣٤ مدنى للاتفاق على البقاء فى الشيوع مدة خمس سنوات كحد أقصى لو اتفق الشركاء على مدة اطول. على ان لهم تجديد الاتفاق مرة ومرتين وهكذا.

(الوسيط – ٨ – للدكتور السنهوري – المرجع السابق – ص٨٨٠ وما بعدها)

٢- الاصل ان تكون الملكية مفرزة، والمشرع لا يحبذ البقاء فى الشيوع مدة طويلة لما يسببه من صعوبات للشركاء فى الانتفاع بالمال الشائع، والذى قد ينعكس بدوره على الاقتصاد القومى. بيد ان الشريك على الشيوع قد يجبر على البقاء فى الشيوع بموجب نص من نصوص القانون. وهذا هو ما يسمى بالشيوع الاجبارى، ومن ذلك ملكية الاسرة وملكية الطبقات وملكية الحائط المشترك، وليس للشركاء على الشيوع متى كان الشيوع اجباريا أن يطلبوا قسمة المال الشائع. ويجوز الاتفاق على البقاء فى الشيوع مدة معينة.

وبموجب نص المادة ٨٣٤ مدنى لكل من الشركاء، ما لم يكن فى شيوع اجبارى، ان يطلب فى اى وقت قسمة المال الشائع، ومع ذلك فقد يتفق الشركاء على البقاء فى الشيوع لمدة محدة. ولا يجوز لأى منهم عندئذ ان يطلب قسمة المال الشائع قبل نهاية هذه المدة، ولا يجوز ان تزيد مدة هذا الاتفاق على خمس سنوات، فاذا زادت المدة عن ذلك انقصت الى خمس سنين.

(الحقوق العينية الأصلية – للدكتور محمد علي عمران – المرجع السابق – ص٣٢٢)

٣- الملكية الشائعة هى الصورة المثلى للملكية، فاجتماع حقوق الشركاء المشتاعين على الشئ الشائع يؤدى الى مشاكل من شأنها ان تعوق الانتفاع بهذا الشئ على خير وجه، وان تقلل من الفرص التى تتاح للشريك حين يريد التصرف فى حقه، واذا كان الشارع قد عنى بتنظيم الملكية الشائعة، فان هذا التنظيم ليس من شأنه ان يقضى على جميع مساوئ الشيوع. ولهذا فالاصل ان للشريك الحق فى طلب القسمة

حتى يتخلص من الشيوع. ولا يقيد من هذا الحق الا ان يكون الشريك مجبرا على البقاء فى الشيوع بمقتضى نص فى القانون او بموجب اتفاق.

(الملكية فى قوانين البلاد العربية – ٢ – للدكتور عبد المنعم فرج الصده – المرجع السابق – ص٤٨ وما بعدها).

٤ – جاء القانون فى اول كلامه على ازالة الشيوع بالقاعدة العامة التى تقرر لكل شريك ان يطالب بقسمة المال الشائع. الا انه لما كانت الشركة تتعلق بها حقوق الشركاء الاخرين فقد وجبت رعاية مصالح هؤلاء الشركاء كما تجب رعاية مصلحة الشريك طالب القسمة. فنحن اذن بازاء معادلة بين مصالح جميع المشتركين فى المال الشائع والتوفيق بين هذه المصالح قدر الامكان. وقد تدخل القانون بين الشركاء فافترض ان من مصلح الجميع وضع مدة معقولة لا يصح ان يستمر الشيوع الى اكثر منها حتى وان اتفقوا على ذلك. وقد نص القانون على ان تكون هذه المدة خمس سنوات لا يجوز ان يشترط بقاء الشيوع اكثر منها بحال، وبذلك يكون قد اضاف هذا النص الى النصوص المتعلقة بالنظام العام، وليس اولى من الملكية بالحماية من الشلل بمثل هذا النص، اما اذا كان الشرط يفترض بقاء الشيوع لهذه المدة او اقل منها، فلا مجال لنقضه ما لم يتفق على ذلك جميع الشركاء او كان هناك يبيح القسمة رغم وجود الشرط، فاذا اتفق الشركاء على البقاء فى الشيوع مدة اطول او مدة غير معينة، فلا يكون الاتفاق معتبرا الا لمدة خمس سنين.

(الملكية العقارية في العراق – ١ – الحقوق العينية الأصلية – للأستاذ حامد مصطفى – ص١١٨ وما بعدها).

من أحكام القضاء الحديثة:

١ – قسمة المال الشائع تتم بتعيين جزء مفرز من هذا المال لكل شريك لينفرد بملكيته دون باقي الشركاء، والتسليم الفعلي للمبيع في البيع على الشيوع – وعلى ما جرى به نص المادة ٤٣٥ من القانون المدني – يتم بمجرد وضع القدر المباع تحت تصرف المشترى بحيث يتمكن من حيازته والإنتفاع به خلفاً للبائع في حقوقه وهو ما لا تنتهي به حالة الشيوع، ولا يعتبر قسمة للمال الشائع.

(الطعن رقم ١٠٤ ـ لسنة ٥٢ ق ـ تاريخ الجلسة ٠٧ / ٠٢ / ١٩٨٥)

٢ – الشيوع ليس وصفا دائما يتصل بالمال فلا يزاول أبدا وإنما يكون الشيوع عادة مؤقتا ومنقضيا حتما باعتبارها سببا يتوخي أصلا إنهاءه وحقا لكل شريك ما لم يكن مجبرا علي البقاء في الشيوع بمقتضي نص في القانون او بناء علي اتفاق مع الشركاء الأخرين علي ذلك لمدة معينة موقوته بطبيعتها لا تجاوز زمنا أقصاه خمس سنين علي ما تقتضي به المادة ٨٣٤ من القانون المدني حتي لا ينقلب الشيوع مؤبدا وكان إنهاء حالة الشيوع بصفة باتة من خلال القسمة مؤداه أن تكون نهائية لا ترتبط بمنافع الأعيان بل بملكيتها ولا تعلق علي شرط يزيل حكمها بأثر رجعي فاسخا كان هذا الشرط أم واقفا وكان الأصل في القسمة النهائية أن تكون كلية تتناول الأموال

الشائعة جميعها ولا تقتصر علي أجزائها وان تكون كذلك قسمة عينية تفرز لكل مـن الشركاء نصيبا في الأموال الشائعة ذاتها لا يتعداه فإذا كان إجراء القسمة عينا متعـذرا في هذه الأحوال فإن تصفيتها من خلال بيعها في المزاد واختصاص كل من الـشركاء بجزء من ثمنها يكون معادلا لحصته فيها يعتبر إجراء ملائما وضروريا باعتبـار أن الشيوع ليس مرغوبا فيه وقد يلحق بالشركاء ضررا.

(**الطعن رقم ٣٦ ـ لسنـة ١٧ ق ـ تاريخ الجلسة ٠٣ / ٠١ / ١٩٩٨**)

* * *

obeikan.com

مادة (٨٣٥)

للشركاء اذا إنعقد اجماعهم ان يقتسموا المال الشائع بالطريقة التى يرونها. فاذا كان بينهم من هو ناقص الاهلية وجبت مراعاة الاجراءات التى يفرضها القانون.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٨٤٤ ليبى و٧٨٩ سورى و١٠٧١ عراقى و٩٢٢ و٩٤١ لبنانى و٧٢٢ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

اذا تقررت القسمة ولم يكن فى الشركاء من هو ناقص الاهلية، فلهم ان يتفقوا عليها، وتكون القسمة فى هذه الحالة عقدا يسرى عليه من الاحكام ما يسرى على سائر العقود. اما اذا لم ينعقد الاجماع فيما بينهم، او كان فيهم من هو ناقص الاهلية وجب اتباع اجراءات القسمة القضائية.

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني – الجزء ٦ – ص١٠٥)

رأى الفقه:

١– القسمة الاتفاقية عقد كسائر العقود، اطرافه الشركاء المشتاعون، ومحله المال الشائع، ومن ثم تسرى على هذه القسمة احكام العقود، فلابد من تراضى الشركاء، وتوافر الاهلية و وخلو الارادة من العيوب، واستيفاء المحل لشروطه، ووجود سبب مشروع.

٢– ويجوز تعليق القسمة الاتفاقية على شرط واقف، كما يجوز تعليقها على شرط فاسخ.

وتخضع القسمة الاتفاقية للقواعد العامة فى الاثبات، فاذا زادت قيمة المال الشائع الذى دخل القسمة على عشرين جنيها – كما هو الغالب – فلا يجوز اثباتها الا بالكتابة او ما يقوم مقام الكتابة، اما اذا لم ترد القيمة على عشرين جنيها، فانه يجوز اثبات القسمة بالبينة والقرائن.

وللشركاء اختيار الطريقة التى بها القسمة الاتفاقية، فقد يختارون ان تكون القسمة عينية، فيفرزون نصيب كل منهم عينا فى المال الشائع، وقد تكون هذه القسمة العينية بمعدل او تكون بغير معدل، وقد يختارون ان تكون القسمة قسمة كلية كما هو الغالب او ان تكون قسمة جزئية فيبقون بعض المال فى الشيوع ويفرزون نصيب كل منهم فى المال الباقى، او يتفقون على تجنب جزء مفرز من المال الشائع نصيبا لأحدهم ويستمر الباقون فى الشيوع فيما بقى من المال بعد التجنيب. وقد يختارون القسمة بطريق التصفية، وبخاصة اذا كان يتعذر قسمة المال عينا ويتفقون على بيع المال الشائع كله او بعضه فى المزاد.

واذا كان بين الشركاء قاصر او محجور عليه لجنون او عته او غفلة او سفه او كان فيهم غائب، فقد اوجبت المادة ٨٣٥ مدنى مراعاة الاجراءات التى فرضها القانون، والقانون هنا هو قانون الولاية على المال. ويتبين من نصوصه ان اجراء القسمة اعتبر امرا له خطره، فخرج عن ان يكون عملا من اعمال الادارة المعتادة وأحق بالتصرفات، ومن ثم اشترط القانون فيه الا يستقل به الوصى او القيم او الوكيل عن الغائب، بل يجب على اى من هؤلاء ان يحصل على اذن من المحكمة كما هو الامر فى شأن اعمال التصرفات، اما الولى فلا يستأذن المحكمة فى اجراء القسمة لأنه يملك بوجه عام ان يستقل باعمال التصرف. اما اذا طلب الوصى او القيم او الوكيل عن الغائب، فان لها ان تقدر ما اذا كانت هذه القسمة فى مصلحة المحجور، ولها ان ترفض القسمة الاتفاقية وتقرر ان تكون القسمة قضائية.

ووجوه الطعن فى القسمة الاتفاقية هى نفس وجوه الطعن فى العقد، فقد يطعن فيها بالبطلان المطلق، كما لو وقعت قسمة بين الورثة قبل موت المورث، لأنها تكون عقدا (تعاملا) فى تركة مستقبلة، ومن ثم يكون باطلا، ويجوز لكل ذى مصلحة ان يطعن فيه بالبطلان. كما يجوز طلب ابطال القسمة لنقص الاهلية وفقا للقواعد العامة. كما يطعن فى القسمة الاتفاقية بالابطال لعيوب الادارة (كغلط فى قيمة عين من اعيان الاموال الشائعة، او التدليس، او للاكراه).

(الوسيط – ٨ – للدكتور السنهوري – المرجع السابق – ص٨٩١ وما بعدها)

٢- القسمة الاتفاقية – فى تطبيق المادة ٨٤٥ مدنى – لا تصح الا اذا وافق عليها جميع الشركاء، فلا يكفى لاجراء القسمة ان تتفق كلمة الاغلبية ولو المالكة لثلاثة ارباع المال الشائع على اجرائها، بل يلزم اتمام القسمة النهائية انعقاد رأيهم جميعا.

وعقد القسمة شأنه فى ذلك شأن كافة العقود له اطراف هم الشركاء المشتاعون ومحله هو المال الشائع الذى تجرى قسمته.

ويخضع عقد القسمة الاتفاقية للقواعد العامة فى الاثبات، فاذا زادت قيمة المال الشائع على عشرين جنيها، فلا يكون الاثبات الا بالكتابة او ما يقوم مقامها. وقد لا يكون الاتفاق على القسمة صريحا بل ضمنيا.

واذا كان بين الشركاء قاصر او محجور عليه لجنون او عته او سفه او غفلة، وجب مراعاة الاجراءات المنصوص عليها فى القانون. ولما كانت القسمة النهائية تخرج عن اعمال الادارة معتادة كانت او غير معتادة، فلا يجوز ان يستقل بها الوصى او القيم، بل يجب الحصول على اذن من المحكمة شأنها فى ذلك شأن اعمال التصرف.

(الحقوق العينية الأصلية – للدكتور محمد علي عمران – المرجع السابق – ص٣٢٣ – ٣٢٤)

٣- للشركاء ان يتفقوا جميعا على قسمة المال الشائع كله او بعضه، ويسرى على عقد القسمة ما يسرى على جميع العقود من احكام تتعلق بالانعقاد والصحة، فاذا كان بين المتقاسمين شخص غير كامل الاهلية وجب اتخاذ الاجراءات التى ينص عليها القانون، والا جاز لهذا الشخص ان يتمسك ببطلان عقد القسمة.

وواضح من نصوص القانون المصرى ان وجود شخص غير كامل الاهلية بين الشركاء لا يحول دون وقوع القسمة بالاتفاق فى هذا القانون، كل ما هنالك انه يجب لصحة القسمة فى هذه الحالة اتخاذ الاجراءت التى ذكرتها نصوص قانون الولاية على المال، فلا يتعين الالتجاء الى القسمة القضائية الا اذا رفضت التصديق على هذه القسمة عند عرض عقد القسمة للتثبت من عدالتها طبقا لما تقضى به نصوص هذا القانون، واذا رفضت المحكمة هذا التصديق فان الشركاء كاملى الاهلية الذين ارتضوا القسمة يظلون مقيدين بها، فلا يكون لهم ان يتحللوا منها استنادا الى عدم تصديق المحكمة عليها، لأن التصديق انما شرع لمصلحة غير كامل الاهلية، فهو وحده الذى يستطيع ان يتمسك به.

وغنى عن البيان ان القسمة الاتفاقية لا تتم إلا باتفاق الشركاء جميعا، فاذا اتفق بعض الشركاء على القسمة دون البعض الاخر، فلا يترتب عليها إنهاء الشيوع، لكن يتقيد بها الشركاء الذين وافقوا عليها، فيظل العقد قائما بالنسبة اليهم، فاذا اقرها الشركاء الاخرون بعد ذلك فانها تتم بهذا الاقرار وينتهى بها الشيوع.

وكما تقع القسمة بطريقة صريحة، فانها يصح ان تقع بطريقة ضمنية، ومثل القسمة الضمنية ما تسميه محكمة النقض بالقسمة الفعلية وصورتها ان يتصرف احد الشركاء المشتاعين فى جزء مفرز من المال الشائع يعادل قدر حصته، ثم يتبعه الشركاء الآخرون فيتصرف كل على هذا النحو فى حدود نصيبه، اذ يدل تصرفهم هذا على رضائهم بهذه القسمة الفعلية التى تمت بفعل جميع الشركاء على السواء، ومن ثم فلا يجوز لأحدهم ان يأتى بعد ذلك فيطلب تثبيت ملكيته لنصيبه شائعا فى الملك كله (الملكية في قوانين البلاد العربية – ٢ – الملكية الشائعة – فالدكتور عبد المنعم فرج الصده – المرجع السابق – ص٣٥).

من أحكام القضاء الحديثة:

١– عقد القسمة النهائية الذى يوقعه بعض الشركاء لا يعتبر ولا يجوز لأحد منهم التحلل من التزامه بحجة تخلف احد الشركاء عن التوقيع، بل يظل العقد قائما، وللشريك الذى لم يوقعه ان يقره متى شاء، وحق الشريك فى اقرار عقد القسمة الذى لم يكن طرفا فيه يظل قائما له ما بقيت حالة الشيوع ويكون لورثته من بعده.

(جلسة ١٩٥٥/٥/١٩ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٦ – مدني – ص١١٥٢)

٢– اجراء القسمة بالتراضى جائز ولو كان بين الشركاء من هو ناقص الاهلية، على ان يحصل الوصى او القيم على اذن من الجهة القضائية المختصة باجراء القسمة على هذا الوجه وعلى ان تصدق هذه الجهة على عقد القسمة بعد تمامه حتى يصبح نافذا فى حق ناقص الاهلية. واذا كان البطلان المترتب على عدم مراعاة هذه الاجراءات قد شرع لمصلحة القاصر ومن فى حكمه حتى لا يتعاقد الوصى او القيم على تصرف ليس له فى الاصل ان يستقل به، فان هذا البطلان يكون نسبيا لا يحتج به الا ناقص الاهلية الذى له عند بلوغه سن الرشد ان كان قاصرا او عند رفع الحجر

عنه ان كان محجورا عليه التنازل عن التمسك بهذا البطلان وباجازة القسمة الحاصلة بغير اتباع هذه الاجراءات.

(نقض – جلسة ١٩٦٤/١/٢٣ – المرجع السابق – السنة١٥ مدني ص١٣١)

٣- عدم توقيع جميع الشركاء على عقدى القسمة، وكونها لا تصلح للاحتجاج بها على الطاعنين ليس من شأنه ان يحول دون وضع يد المطعون عليهم – شركاؤهم فى الملكية على الاطيان موضوع العقدين – وضعا مؤديا لكسب الملك، ولا يمنع من ان يتخذ من هذين العقدين قرينة على ثبوت وضع اليد، تضاف الى اقوال شاهدى الاثبات.

(نقض – جلسة ١٩٧١/٦/٢٤ – المرجع السابق السنة ٢٢ – ص٨٠٩)

٤- القسمة الفعلية – وعلى ما جرى به قضاء النقض – تتحقق صورة، اذا تصرف احد الملاك المشتاعين فى جزء مفرز من المال الشائع يعادل حصته، ثم ينهج نهجه سائر الشركاء ويتصرف كل منهم فى جزء مفرز يعادل حصته فى المال الشائع، فيستخلص من تصرفاتهم هذه ضمنا انهم ارتضوا قسمة المال الشائع فيما بينهم على الوجه الذى تصرفوا على مقتضاه، ويكون نصيب كل منهم هو الجزء المفرز الذى سبق له التصرف فيه، ويعتبر المتقاسم طبقا لما تقضى به المادة ٨٤٣ من القانون المدنى مالكا وحده للحصة المفرزة التى آلت اليه من وقت ان تملك فى الشيوع وانه لم يملك غيرها فى بقية الحصص.

(نقض – جلسة ١٩٧٥/٢/٢٥ – المرجع السابق – السنة ٢٦ – ص٤٧٨)

٥- قسمة المهايأة، اثرها بالنسبة للمتقاسمين، عدم الاحتجاج بها قبل الغير الا اذا سجلت. المقصود بالغير المشترى لجزء مفرز من احد المتقاسمين لا يعتبر غيرا ولو سجل عقد قبل تسجيل القسمة.

(نقض – جلسة ١٩٨٠/١٢/٩ – الطعن ١٧١ لسنة ٤٧ق)

٦- المشترى لجزء مفرز من العقار الشائع. إعتبار القسمة اللاحقة بين الشركاء حجة عليه ولو لم يكن طرفاً فيها. أثر ذلك إرتباط حقه بالجزء الذى يختص به البائع له من الشركاء بموجب القسمة.

(الطعن ١٤١ لسنة٥٦ق جلسة ١٩٩١/١٠/٢٣ س٤٢ ص١٥٢٥)

٧- المشترى لقدر مفرز من العقار الشائع. لا يجوز له طلب التسليم مفرزاً ولو كان عقده مسجلاً إلا برضاء باقى الشركاء جميعاً أو ثبوت حصول قسمة نافذة ووقوع القد المبيع في نصيب البائع له. علة ذلك.

(الطعن ٢٩٧٣ لسنة ٥٩ق جلسة١٩٩٣/١٢/٢٣ س٤٤ ص٤٩٤)

٨- إقامة الشريك على الشيوع بناء على جزء من العقار الشائع يعادل نصيبه. ليس للشريك الآخر سوى طلب قسمة العقار وترتيب حقه على ما يظهر منها. تجاوز البناء لنصيب الشريك البانى. أثره. إعتباره بانياً في ملك غيره بسوء نية فيما جاوز حصته.

(الطعن ٣٩٥٢ لسنة ٦٦ق جلسة ١٩٩٧/١٢/٢٧ س٤٨ ص١٥٥٨)

٩- وحيث إن هذا النعى سديد ذلك أن نص المادة ٨٣٥ من القانون المدني على أن للشركاء إذا إنعقد إجماعهم، أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التى يرونها.... " مؤداه إن القسمة التى لا يجمع عليها الشركاء لا يترتب عليها إنهاء حالة الشيوع إلا أن عقد القسمة الذى يوقعه بعضهم وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة لا يعتبر باطلاً وهو أن كان لا يصلح للإحتجاج به على من لم يوقعه إلا أنه يعتبر ملزماً لكل من وقعه ولا يجوز لأحد منهم التحلل من إلتزامه بحجة تخلف أحد الشركاء عن التوقيع ويظل العقد قائماً وللشريك الذى لم يوقعه الحق في إقراره متى شاء ويكون ذلك لورثته من بعده. لما كان ما تقدم، وكان واقع الدعوى أن الطاعن قدم لمحكمة الموضوع بدرجتيها عقد قسمة مؤرخ ١٩٨٦/٤/٢٥ محرر بينه وبين المطعون عليها الأولى ولم تنازع في صحة توقيعها عليه كما أنه موقع من المطعون عليه الثاني ونص فيه على أن نصيبها الشرعي في تركه مورثها الأرض الزراعية مساحة ٢٠ ط وأنها وقد وضعت يدها عليها حسبما جاء بتقرير لجنة الخبراء وقد تمسك الطاعن بهذا أمام محكمة الموضوع، وإذ لم يعرض الحكم المطعون فيه لدفاعه هذا بشأن عقد القسمة آنف الذكر ونسبية أثر الإقرار المؤرخ ١٩٩٧/١١/٢٤ والمنسوب صدوره عن المطعون ضده الثاني ومدى إمكان الإحتجاج بما ورد فيه على الطاعن، وأقام قضاءه بتأييد الحكم المستأنف الذى قضى بثبوت ملكية المطعون ضدها الأولى لنصيبها الشرعي حسبما جاء بعقد القسمة بين الورثة جميعاً تأسيساً على توافق العقد الأخير وما تضمنه الإقرار المؤرخ ١٩٩٧/١١/٢٤، فإن الحكم المطعون فيه يكون معيباً بالقصور في التسبيب والخطأ في تطبيق القانون.

(الطعن ٢٤٦١ لسنة ٦٨ق جلسة ٢٠٠٠/٣/٢٩ لم ينشر بعد)

١٠- وحيث أن هذا النعى في محله - ذلك أن المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن لكل مالك على الشيوع حق الملكية في كل ذرة من العقار المشاع، فلا يستطيع الشريك الآخر إخراجه منه وإذا إنفرد شريك بوضع يده على جزء من العقار فإنه لا يعد غاصباً له ولا يستطيع أحد الشركاء إنتزاع هذا الجزء منه، بل كل ماله أن يطلب قسمة العقار أو أن يرجع على واضع اليد بما يقابل إنتفاعه بما يزيد على حصته. لما كان ذلك وكان الثابت في الأوراق وفى تقرير الخبير المندوب في الدعوى وحصله الحكم المستأنف أن المطعون ضده الأول مالك على الشيوع لحصة مقدارها ٢٢ ١١/١ قيراطاً في العقد المشتمل على الشقة موضوع النزاع، وأن مورثة الطاعن المرحومة..... تمتلك حصة شائعة مقدارها ١١/١٠ ١ قيراطاً، وأن العقار المذكور لم تتم قسمته بعد، ومن ثم فإن وضع يد الطاعن على تلك الشقة يكون بسبب مشروع هو ملكيته لنصيبه في حصة مورثته ولا يكون للمطعون ضده الأولى ولا لمن تلقى الحق عنه طلب طرده منها إلا بعد أن تحصل القسمة وتقع الشقة في نصيبه هو، أما قبل ذلك فتكون الدعوى سابقة لأوانها. وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وأقام قضاءه بطرد الطاعن على سند من أن حيازته - بعد زوال ملكيته بحكم نزع الملكية - من قبيل الغصب، فإنه فضلاً عن مخالفته الثابت في الأوراق

يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه ما يعيبه ويوجب نقضه لهذا الوجه دون حاجة لبحث باقى أوجه الطعن.

(الطعن رقم ٣٦٩ لسنة ٧١ق جلسة ٢٠٠٢/٢/٢٦ لم ينشر بعد)

١١- إذ كانت القسمة غير المسجلة يحتج بها على من اشترى جزءا مفرزا من أحد المتقاسمين، ويترتب عليها في شأنه ما يترتب عليها في شأن المتقاسمين من إنهاء حالة الشيوع، واعتبار كل متقاسم مالكا للجزء المفرز الذي وقع في نصيبه بموجب القسمة – إلا أن شرط ذلك – وطبقا لما نصت عليه المادة ٨٣٥ من القانون المدني – أن ينعقد إجماع الشركاء على الشيوع على قسمة المال الشائع، فإذا لم يختصم الشريك المتصرف في حكم القسمة، فإنه لا يجوز الاحتجاج به عليه ولا على خلفه العام أو الخاص أخذا بما هو مقرر قانونا من أن حجية الأحكام نسبية فلا يحتج بها إلا على أطرافها.

(الطعن رقم ١٥٤٨ ـ لسنة ٦٩ ق ـ تاريخ الجلسة ٠٩ / ٠٤ / ٢٠٠٢)

* * *

obeikan.com

مادة (٨٣٦)

(١) إذا إختلف الشركاء فى اقتسام المال الشائع، فعلى من يريد الخروج من الشيوع ان يكلف باقى الشركاء الحضور أمام المحكمة الجزئية.

(٢) وتندب المحكمة ان رأت وجها لذلك، خبيرا أو اكثر لتقويم المال الشائع وقسمته حصصا ان كان المال يقبل القسمة عينا دون ان يلحقه نقص كبير فى قيمته.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٨٤٥ ليبى و ٧٩٠ سورى و ١٠٧٢ عراقى و ٩٤٢ لبنانى.

الأعمال التحضيرية:

يراجع بشأنها – لاحقا – التعليق الوارد على نص المادة ٨٤٢ مدنى.

رأى الفقه:

١ – القسمة القضائية تكون فى صورة دعوى تسمى دعوى القسمة. ويتبين من نص المادة ١/٨٣٦ مدنى انه يجوز لأى شريك إذا لم يجمع الشركاء على القسمة الإتفاقية، ان يرفع دعوى القسمة، فيكون هو المدعى، ويجب أن يرفع الدعوى على سائر الشركاء، فيدخلون جميعا خصوما فى دعوى القسمة.

وإذا رفعت دعوى القسمة على بعض الشركاء دون بعض، جاز بعد ذلك ادخال من لم يدخل فى الدعوى، وجاز لهؤلاء ان يتدخلوا فى الدعوى من تلقاء نفسها.

وإذا صدر الحكم فى دعوى القسمة دون ان يكون جميع الشركاء قد دخلوا خصوما فى الدعوى، لم يكن الحكم حجة على من لم يدخل ولكن ليس للشركاء الذين دخلوا خصوما ان يدفعوا الدعوى بعدم قبولها، لأن الشريك الذى لم يدخل خصما هو وحده الذى يستطيع ان يتمسك بعدم نفاذ الحكم فى حقه.

وإذا باع أحد الشركاء حصته الشائعة لأجنبى، حل المشترى، محل الشريك واصبح شريكا فى الشيوع مع سائر الشركاء، وخرج الشريك البائع من عداد الشركاء. ويترتب على ذلك ان المشترى، وقد اصبح شريكا فى الشيوع هو الذى له ان يرفع دعوى القسمة، وهو الذى يختصم فيها، دون الشريك البائع. اما إذا اشترى الاجنبى جزءا مفرزا من المال الشائع، فان هذا الشراء لا ينفذ فى حق سائر الشركاء، ومن ثم لا يعتبر المشترى للجزء المفرز شريكا فى الشيوع، فلا يجوز له رفع دعوى القسمة ولا يصح اختصاصه فيها.

وإذا كان أحد الشركاء يملك حصته الشائعة تحت شرط فاسخ لهذا الشريك ان يرفع دعوى القسمة، وإذا رفعها غيره من الشركاء وجب اختصامه فيها. ويجب فى جميع الاحوال اختصام الشريك الذى يملك حصته الشائعة تحت شرط واقف، سواء كان من رفع دعوى القسمة هو الشريك تحت شرط فاسخ أو كان غيره من الشركاء،

ولكن الشريك تحت شرط واقف لا يملك ان يرفع هو دعوى القسمة، لأنه لا يملك ان يقوم الا بالأعمال التحفظية، ورفع دعوى القسمة يخرج عن نطاق هذه الأعمال.

والمحكمة المختصة – فى دعوى القسمة – هى المحكمة الجزئية ايا كانت قيمة الأموال الشائعة التى يراد اقتسامها ولو زادت هذه القيمة على نصاب القاضى الجزئى. والمحكمة الجزئية هى المحكمة التى تقع فى دائرتها العقارات أو اكبرها قيمة. فان كان المراد قسمته منزلا، فالمحكمة الجزئية المختصة هى المحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المدعى عليهم. وانما جعلت المحكمة الجزئية مختصة ولو زادت قيمة المال الشائع على نصابها، لأن اختصاصها هذا لا يتناول الا إجراءات القسمة بصرف النظر عن قيمة المال المراد قسمته، وللتعجيل بالإجراءات حتى لا تبقى دعوى القسمة مدة طويلة أمام المحاكم.

فالذى تختص به المحكمة الجزئية اذن هو النظر فى افراز نصيب شريك فى المال الشائع، بأن تعين خبيرا عند الاقتضاء لتكوين الحصص وإجراء القسمة العينية بمعدل أو بغير، وتقدير هذا المعدل ان وجد وتعيين نصيب كل شريك بطريق التجنيب أو بطريق الاقتراع واعطاء كل شريك نصيبه المفرز، وبإجراء القسمة بطريق التصفية ان تعذرت القسمة العينية، وبيع المال الشائع فى المزاد العلنى وقسمة الثمن بين الشركاء.

اما ما عدا ذلك من المنازعات التى لا تتعلق بإجراءات القسمة، كتعيين حصة كل شريك فى المال الشائع وأصل ملكيته لهذه الحصة، والمنازعات المتعلقة بتصرف الشريك فى حصته وحلول المتصرف له مكانه فى دعوى القسمة، وغير ذلك من المنازعات التى تثور حول القسمة ولا تدخل فى إجراءاتها، فان المحكمة المختصة بنظرها هى، وفقا للقواعد العامة، المحكمة الجزئية أو المحكمة الكلية بحسب قيمة النزاع.

فإذا رفعت دعوى القسمة أمام المحكمة الجزئية المختصة، نظرت هذه المحكمة ما إذا كانت القسمة العينية للمال الشائع غير ممكنة أو كان من شأن هذه القسمة احداث نقص كبير فى قيمة المال الشائع، وعند ذلك تقضى بأن تكون القسمة بطريق التصفية. اما إذا كانت القسمة العينية ممكنة دون نقص كبير يلحق المال الشائع، فان المحكمة الجزئية تأمر بإجراء هذه القسمة.

(الوسيط – ٨ – للدكتور السنهوري – المرجع السابق – ص٩١٠ وما بعدها)

٢– قد لا ينعقد اجماع الشركاء على إجراء القسمة، وعندئذ على من يريد منهم الخروج من الشيوع ان يكلف باقى الشركاء الحضور أمام المحكمة الجزئية، وتندب المحكمة، ان رأت وجها لذلك، خبيرا أو اكثر لتقويم المال الشائع وقسمته حصصا، ان كان المال يقبل القسمة عينا دون ان يلحقه نقص كبير فى قيمته. فالمحكمة المختصة بنظر دعوى القسمة هى المحكمة الجزئية، فإذا كان المال الشائع عقارا، فالمحكمة المختصة هى التى تقع فى دائرتها العقارات أو اكبرها قيمة. واما إذا كان المال الشائع منقولا فالمحكمة المختصة هى التى يقع فى دائرتها موطن أحد المدعى عليهم.

ويلاحظ ان المحكمة الجزئية هى المختصة بنظر دعوى القسمة ايا كانت قيمة الأموال الشائعة التى يراد اقتسامها ولو زادت هذه القيمة عن نصابها. ويلحق بالمنازعات التى تتعلق بتكوين الحصص، المنازعات المتعلقة بتجنيب انصبة الشركاء، فقد يدعى أحد الشركاء ان النصيب المفرز الذى جنبه له الخبير اقل مما يستحق أو ان هناك طريقة افضل لتجنيب الانصبة، وتكون كل هذه المنازعات من اختصاصات المحكمة الجزئية. وما المنازعات التى تمس أصل ملكية الشريك لحصته الشائعة أو ما تقوم حول ذلك من منازعات بين الشركاء كأن يدعى أحد الشركاء ان شريكا آخر داخلا فى دعوى القسمة لا يملك شيئا فى المال الشائع ويجب استبعاده من دعوى القسمة، فمثل هذه المنازعات تخضع للقواعد العامة فى الاختصاص. وإذا كانت المنازعة التى اثارها الشريك من اختصاص المحكمة الجزئية ان توقف دعوى القسمة وان تحيل الخصوم الى المحكمة الإبتدائية.

والأصل فى القسمة ان تتم عينا، اى ان يحصل كل شريك على حصة من المال الشائع معادلة لنصيبه. وتندب المحكمة ان رأت لذلك وجها خبيرا أو اكثر لتقويم المال الشائع وقسمته حصصا ان كان المال يقبل القسمة عينا دون ان يلحقه نقص كبير فى قيمته (الحقوق العينية الأصلية – للدكتور محمد علي عمران – المرجع السابق – ص٣٢٧ و٣٢٨).

٣- يتضح من نصوص المواد ١/٨٣٦ مدنى مصرى و١/٧٩٠ مدنى سورى و١/١٠٧٢ مدنى عراقى و٨٤٥ مدنى ليبى و٩٤٢ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى انه إذا اختلف الشركاء فى اقتسام المال الشائع فان القسمة القضائية تجب بلا خلاف، وانه إذا كان بين الشركاء ناقص الأهلية أو غائب، فان قوانين البلاد العربية تنقسم فى هذه الحالة الى فريقين: فريق يجيز القسمة الإتفاقية، ولكن بشرط مراعاة الإجراءات التى نص عليها القانون لحماية ناقص الاهليه أو الغائب والقانون المصرى من هذا الفريق. وفريق يوجب ان تكون القسمة فى هذه الحالة قسمة قضائية.

ومؤدى القسمة القضائية فى القانون المصرى انه إذا اختلف الشركاء فى اقتسام المال الشائع، أو كان احدهم غير كامل الأهلية أو غائبا ورفضت المحكمة الاذن بإجراء القسمة الإتفاقية أو رفضت التصديق على عقد القسمة، وجب اتباع إجراءات القسمة القضائية. وتبدأ هذه الإجراءات بأن يرفع الشريك الذى يريد الخروج من الشيوع دعوى القسمة، حيث يكلف باقى الشركاء بالحضور أمام المحكمة الجزئية المختصة. ويجب إعلان باقى الشركاء جميعا بصحيفة هذه الدعوى، فإذا لم يعلن احدهم، فلا يكون الحكم الصادر فى الدعوى حجة عليه. ويجوز لدائن الشريك ان يرفع القسمة باسم مدينة إذا توافرت شروط الدعوى غير المباشرة.

والأصل ان تتم القسمة عينا، حيث يختص كل شريك بجزء مفرز من المال الشائع، فإذا كان المال الشائع لا يقبل القسمة العينية، أو كان من شأن هذه القسمة احداث نقص كبير فى قيمته، امرت المحكمة ببيعه بالمزاد كى يقسم ثمنه بين الشركاء، فتكون القسمة حينئذ قسمة بطريق التصفية. وتتولى المحكمة بنفسها عملية القسمة

العينية، ولها ان تندب خبيرا أو اكثر لهذا الغرض ان رأت وجها لذلك (م ٢/٨٣٦ مدنى مصرى).

(الملكية في قوانين البلاد العربية – ٢ – الملكية الشائعة – للدكتور عبد المنعم فرج الصده – ص٥٦ و ٥٧)

من أحكام القضاء الحديثة:

١ – للشريك على الشيوع فى عدة عقارات ان يبيع حصة شائعة فى بعض العقارات، وإذا سجل المشترى عقده انتقلت إليه حصة البائع فى هذا البعض من العقارات شائعا، ويصبح المشترى دون الشريك البائع هو صاحب الشأن فى القسمة التى تجرى بخصوص هذه الاعيان اتفاقا أو قضاء، فإذا تجاهله شركاؤه واجروا قسمة هذه الاعيان مع الشريك الذى باع نصيبه بعقد مسجل، فلا يجوز الإحتجاج بهذه القسمة على المشترى الذى سجل عقده قبل تسجيل عقد القسمة، ولا يغير من ذلك ان يكون الشريك البائع قد باع اكثر من نصيبه فى بعض العقارات المشتركة، ذلك لأن البيع يعتبر نافذا فى القدر الذى يملكه البائع، والمشترى – دون البائع– هو الذى يستطيع التحدث عن هذا القدر إذا ما اراد الشركاء قسمة العقارات المشتركة.

(جلسة ١٩٥٥/١٠/٢٠ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٦ – مدني ص١٣٧٥)

٢ – إذا كانت المحكمة قد ندبت خبيرا لفرز وتجنيب نصيب المدعين طالبى القسمة والخصم الثالث الذى انضم اليهم، بينما لم يطلب أحد من المدعى عليهم فرز وتجنيب نصيب له، فلا تثريب على الخبير إذا قام بفرز وتجنيب نصيب المدعين وابقى المدعى عليهم على الشيوع.

(جلسة ١٩٥٦/٥/٣١ – مجموعة القواعد القانونية – ٢٥ عاماً – جزء١ – ص٦٢٢)

٣ – البطلان – على ما جرى به قضاء النقض – المترتب على عدم تمثيل بعض الشركاء فى إجراءات الفرز والتجنيب هو بطلان نسبى لا يحق التمسك به الا للشريك الذى لم يكن طرفا فيها.

(جلسة ١٩٥٥/١١/٢٤ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٦ – ص١٥٢٧)

٤ – لما كان الخصم فى دعوى القسمة هو الشريك المالك، وكان يبين من الوقائع التى اثبتها الحكم المطعون فيه ان دعوى القسمة رفعت من الطاعنين على المطعون عليه الثانى الذى كان مالكا للعقار وللشريك الواجب اختصامه، وكان مجرد شراء المطعون عليه الثانى الذى كان مالكا للعقار والشريك الواجب اختصامه، وكان مجرد شراء المطعون عليه لحصة المطعون عليه الثانى الارثية فى هذا العقار وقيامه بتسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد لا يترتب عليه نقل الملكية، إذا الملكية لا تنتقل الا بتسجيل الحكم الصادر فى الدعوى، فان الحكم المطعون فيه إذا خالف هذا النظر يكون قد اخطأ فى القانون بما يستوجب نقضه.

(نقض – جلسة ١٩٦٠/٤/٢١ – المرجع السابق – السنة ١١ – ص٣٢٤)

٥- الأصل ان البائع لا يمثل المشترى منه فيما يقوم على العقار المبيع من نزاع بعد تسجيل عقد البيع وان الحكم الصادر ضد البائع باعتباره مالكا للعين المبيعة لا يعتبر حجة على المشترى الذى سجل عقد شرائه قبل صدور هذا الحكم ولم يختصم فى الدعوى، وان الشريك على الشيوع ان يبيع حصته شائعة، وإذا سجل المشترى عقده انتقلت إليه حصة البائع شائعة ويصبح المشترى دون الشريك هو صاحب الشأن فى القسمة التى تجرى بخصوص هذه الاعيان اتفاقا أو قضاء، فإذا تجاهله شركاء واجروا القسمة مع الشريك الذى باع نصيبه بعقد مسجل، فلا يجوز الإحتجاج بهذه القسمة على المشترى الذى سجل عقده قبل تسجيل حكم القسمة.

(**نقض – جلسة ١٩٧٥/١٢/٢٤ –المرجع السابق – السنة ٢٦ ـ ص١٦٧٨**)

٦- دعوى قسمة المال الشائع حصصاً أو بيعه لعدم إمكان قسمته بغير ضرر. إختصاص المحكمة الجزئية بنظرها مهما كانت قيمتها المواد ٣/٤٣، ٤٦٤ مرافعات، ٨٣٦ مدني.

مفاد ما نصت عليه المواد ٤/٤٣، ٤٦٤ من قانون المرافعات، ٨٣٦ من القانون المدني – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن محكمة المواد الجزئية هي المختصة بقسمة المال الشائع حصصاً أو بيعه لعدم إمكان قسمته بغيرضرر مهما كانت قيمة الدعوى.

(**الطعن ٢١١٦ لسنة ٦٦ق – جلسة ١٩٩٧/٦/٢٩ س٤٨ ص١٠٣٤**)

* * *

opelkan.com

مـــادة (٨٣٧)

(١) يكون الخبير الحصص على أساس اصغر نصيب حتى لو كانت القسمة جزئية، فان تعذرت القسمة على هذا الأساس جاز للخبير ان يجنب لكل شريك حصته.

(٢) وإذا تعذر ان يختص أحد الشركاء بكامل نصيبه عينا، عوض بمعدل عما نقص من نصيبه.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٧٩٠ و ٧٩١ سورى و ١٠٧٢ عراقى و ٩٤٢ لبنانى.

الأعمال التحضيرية:

يراجع – لاحقا – التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد على نص المادة ٨٤٢ مدنى.

رأى الفقه:

١- المحكمة الجزئية المرفوع إليها دعوى القسمة تبدأ بتعيين خبير أو اكثر، ان رأت وجها لذلك، وتكون مهمة الخبير ابداء الرأى فيما إذا كانت القسمة العرفية ممكنة دون نقص كبير يلحق المال الشائع فى قيمته، أو انها غير ممكنة، فان كانت غير ممكنة فالمحكمة تجرى قسمة التصفية. اما إذا كانت القسمة العينية ممكنة دون نقص كبير يلحق المال الشائع فى قيمته، فان الخبير يبدأ بقسمة المال الشائع حصصا على أساس اصغر نصيب إذا كان ذلك ممكنا. وتستوى فى ذلك القسمة الكلية والقسمة الجزئية، فان كانت القسمة جزئية قسم الخبير الجزء من المال الشائع المراد قسمته، الى حصص، أو جنب نصيب كل شريك فى هذا الجزء، وترك الباقى من المال على شيوعه دون تقسيم أو تجنيب. وقد تكون القسمة جزئية بأن يكون بعض الشركاء هم الذين يريدون التخلص من الشيوع دون الآخرين، فيفرز الخبير للاولين نصيبهم ويقسمه الى حصص أو يجنب لكل شريك نصيبه.

فإذا أمكن قسمة المال الى حصص متساوية كون الخبير هذه الحصص على أساس اصغر نصيب. اما إذا تعذرت قسمة المال الى حصص، فان الخبير يحدد نصيب كل شريك مفرزا فى المال الشائع وذلك بقدر حصته فى هذا المال، وهذا ما يسمى بالتجنيب، ويصح ان يلجأ الخبير الى التجنيب – ولو أمكن تكوين الحصص على أساس اصغر نصيب – إذا اتفق الشركاء جميعا على التجنيب.

لكن قد لا يتمكن الخبير – فى تقسيم المال الى حصص – ان يجعل هذه الحصص متساوية تماما، فيلجأ الى جعل الحصص متساوية بقدر الامكان، وإذا اضطر الى تحديد احدى هذه الحصص اكبر من حصة اخرى، قدر مبلغا من النقود تدفعه الحصة الكبرى الى الحصة الصغرى حتى تتعادل الحصتان، ولذلك سمى هذا المبلغ من النقود بالمعدل **soulte** (كالمعدل فى المقايضة). فمن يقع من الشركاء فى نصيبه

الحصة الكبرى بطريق القرعة، يصبح مدينا بهذا المعدل لمن يقع فى نصيبه الحصة الكبرى. وإذا لم يمكن تقسيم المال الى حصص ولو بمعدل على الوجه المذكور، ولجأ الخبير الى التجنيب، فقد يضطر – عند تحديد انصبة الشركاء مفرزة الى تحديد نصيب أحد الشركاء بأقل مما يستحق، وتحديد نصيب شريك آخر بأكثر مما يستحق، فعند ذلك يقدر مبلغا من النقود يتعادل به النصيبان ويصبح صاحب النصيب الاكبر مدينا بهذا المعدل لصاحب النصيب الاصغر.

(الوسيط – ٨ – للدكتور السنهوري – المرجع السابق – ص٩٢٠ وما بعدها)

٢– الأصل أن تكون القسمة عينا، وان تتم على أساس اصغر نصيب، فإذا كان بين الشركاء على الشيوع من له الثمن مثلا، قسم المال الشائع الى ثمانى حصص، يأخذ من له الثمن منها حصته، ومن له الربع حصتين، وإذا كان بين الشركاء من له النصف فانه يأخذ اربع حصص، وهكذا. وإذا تعذر تقسيم المال الشائع الى حصص على أساس اصغر نصيب، جاز للخبير ان يجنب لكل شريك حصته، وإذا تعذر ايضا أن يختص أحد الشركاء بكامل نصيبه عينا، عوض بمعدل عما نقص من نصيبه.

(الحقوق العينية الأصلية – للدكتور محمد علي عمران – المرجع السابق – ص٣٢٨)

من أحكام القضاء الحديثة:

١ – إذا كانت المحكمة قد ندبت الخبير لفرز وتجنيب نصيب المدعين طالبى القسمة والخصم الثالث الذى انضم اليهم، بينما لم يطلب أحد من المدعى عليهم فرز وتجنيب نصيب له، فلا تثريب على الخبير إذا قام بفرز وتجنيب نصيب المدعى وابقى المدعى عليهم فى الشيوع. وإذا وافق أحد الشركاء أمام محكمة اول درجة على إجراء القسمة بطريق التجنيب، فلا يجوز له ان يرجع أمام محكمة ثانى درجة فى هذا ويطلب إجراء القسمة بطريق القرعة.

(نقض – جلسة ١٩٥٦/٥/٣١ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٧ – ص٦٢٢)

* * *

obeikan.com

مـــادة (٨٣٨)

(١) تفصل المحكمة الجزئية فى المنازعات التى تتعلق بتكوين الحصص وفى كل المنازعات الاخرى التى تدخل فى اختصاصها.

(٢) فإذا قامت منازعات لا تدخل فى اختصاص تلك المحكمة كان عليها ان تحيل الخصوم الى المحكمة الإبتدائية، وان تعين لهم الجلسة التى يحضرون فيها، وتقف دعوى القسمة الى ان يفصل نهائيا فى تلك المنازعات.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٧٩٢ سورى.

الأعمال التحضيرية:

يراجع – لاحقا – التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد على نص المادة ٨٤٢ مدنى.

رأى الفقه:

١ – يتبين من نص المادة ٨٣٨ مدنى ان المنازعات التى تقع بين الشركاء ويجب الفصل فيها قبل المضى فى دعوى القسمة، على نوعين:

الاول – منازعات تتعلق بتكوين الحصص – كأن يدعى أحد الشركاء ان الحصص غير متساوية، أو يدعى المعدل الذى قدره الخبير اقل مما يجب أو اكثر مما يجب، أو انه يمكن تقسيم المال الى حصص بطريقة افضل، وما الى ذلك من المنازعات التى ترجع الى تكوين الحصص، فهذه تتولى الفصل فيها المحكمة الجزئية، ولو زادت قيمة الحصة على نصاب هذه المحكمة، ذلك ان تكوين الحصص يعتبر داخلا فى اعمال القسمة. والمحكمة الجزئية تختص بجميع اعمال القسمة ايا كانت قيمة المال المراد قسمته، ويلحق بالمنازعات التى تتعلق بتكوين الحصص المنازعات المتعلقة بتجنيب انصبة الشركاء، فقد يدعى أحد الشركاء ان النصيب المفرز الذى جنبه له الخبير اقل مما يستحق، أو ان هناك طريقة افضل لتجنيب الانصبة. فتكون المنازعات المتعلقة بتجنيب انصبة الشركاء هى ايضا من إختصاص المحكمة الجزئية، تفصل فيها ولو زادت قيمة النصيب على نصاب القاضى الجزئى، وسواء تعلقت المنازعات بتكوين الحصص أو بتجنيب انصبة الشركاء، فان المحكمة الجزئية عندما تفصل فيها وتكون قيمتها مما يجوز إستئنافه أمام المحكمة الإبتدائية التى تتبعها المحكمة الجزائية، جاز لذى الشأن من الشركاء أن يسأنف حكم القاضى الجزئى أمام المحكمة الإبتدائية، ولا ترجع المحكمة الجزئية الى متابعة اعمال القسمة الا بعد ان تصدر أحكام نهائية فى جميع هذه المنازعات.

ثانيا – منازعات اخرى لا تتعلق بتكوين الحصص – ومن امثلة هذه المنازعات أصل ملكية الشريك لحصته الشائعة وما يقوم حول ذلك من منازعات بين الشركاء، كأن يدعى أحد الشركاء ان شريكا آخر داخلا فى دعوى القسمة لا يملك شيئا فى المال

الشائع ويجب استبعاده من دعوى القسمة. ومن امثلة هذه المنازعات ايضا تعيين حصص الشريك فى المال الشائع (بأنها الربع وليس الثلث مثلا)، وقد تكون هذه المنازعات متعلقة بالاختصاص، فإذا اثيرت منازعة تختص المحكمة الإبتدائية قيميا بنظرها ولا تختص بها المحكمة الجزئية المحكمة المختصة أصلا بنظر دعوى القسمة، فانه يتعين على المحكمة الجزئية ان توقف دعوى القسمة، وان تحيل النزاع الى المحكمة الإبتدائية، بحيث تبقى دعوى القسمة موقوفة أمام المحكمة الجزئية الى ان يقضى فى النزاع المثار نهائيا (من محكمة الإستئناف).

(الوسيط – ٨ – للدكتور السنهوري – المرجع السابق – ص٩٢٤ وما بعدها)

من أحكام القضاء الحديثة:

١ – متى كان النزاع الذى اثير فى الدعوى أمام محكمة القسمة يدور حول طبيعة الشيوع فى السلم المشترك، وما إذا كان الشيوع عاديا أو اجباريا، وحول تحديد نطاق الصلح المعقود بين الطرفين بشأن هذا السلم، فهو بهذه المثابة نزاع لا يتعلق بتكوين الحصص، ويخرج بحسب قيمته من اختصاص قاضى المواد الجزئية اذ كانت قيمة السلم المتنازع عليه – كما قدرها الخبير المنتدب فى دعوى القسمة وبإتفاق الطرفين – تجاوز نصاب تلك المحكمة مما كان يتعين معه ان تحيل هذا النزاع الى المحكمة الإبتدائية للفصل فيه عملا بالفقرة الثانية من المادة ٨٣٨ مدنى، وإذا هى لم تفعل، فإنها تكون قد جاوزت اختصاصها، وخالفت القانون.

(نقض – جلسة ١٩٦٢/١/٢٥ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ١٣ – ص١٠٤)

٢ – يشترط ان تتحقق محكمة القسمة من ان المنازعة جدية. والتمسك بوجوب وقف دعوى القسمة حتى يفصل نهائيا فى الملكية هو من شأن الخصم الذى نازع فى هذه الملكية ولا صفة لغيره من الخصوم فى التحدى به.

(نقض – جلسة ١٩٥٦/٥/٣١ – المرجع السابق – السنة ٧ – ص٦٢٢)

٣ – النص فى المادة ٨٣٨ من القانون المدنى يدل على أن المشرع جعل الاختصاص بنظر دعوى القسمة للمحكمة الجزئية أياً كانت قيمة الأموال الشائعة التى يراد قسمتها فإذا أثيرت منازعات لا تتعلق بإجراءات القسمة إنما بأصل ملكية الشريك أو بمقدار حصته الشائعة، فإن الفصل فيها يكون للمحكمة المختصة وفقاً للقواعد العامة، فإذا كانت من اختصاص المحكمة الجزئية تولت هذه المحكمة الفصل فيها، وإذا تجاوزت المنازعات اختصاص المحكمة المذكورة فعليها أن تحيل الخصوم إلى المحكمة الابتدائية المختصة، وأن تحدد لهم الجلسة التى يحضرون فيها وتوقف دعوى القسمة إلى أن يفصل نهائياً فى تلك المنازعات.

(الطعن رقم ٥٦٥ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٦/٦/١٥)

٤ – دعوى قسمة المال الشائع. قيام الحكم الصادر فيها على ثبوت ملكية الشركاء لما يطلبون قسمته من هذا المال. إعتبارها بهذه المثابة من قبيل المطالبة بالحق. أثره. رفع الشريك في المال الشائع لهذه الدعوى يترتب عليه سقوط دعواه بالحيازة السابق رفعها.

(الطعن ٨٥٢ لسنة ٦١ق جلسة ١٩٩٥/١١/٩ س٤٦ ص١٠٩٨)

٥- إختصاص المحكمة الجزئية نوعياً بالفصل فى كافة المنازعات المتعلقة بتكوين حصص الشركاء فى المال الشائع بتقويمه وقسمته حصصاً. وجوب قضائها بإجراء بيعه بالمزايدات عند عدم إمكان قسمته عيناً أو كان من شأنها إحداث نقص كبير فى قيمته. المواد ١/٨٣٨، ٨٤١ مدنى و ٤٣مرافعات.

مفاد نص المادتين ٨٣٨ (فقرة أولى) و ٨٤١ من القانون المدني والمادة ٤٣ من قانون المرافعات أن المحكمة الجزئية تختص نوعياً بالفصل في كافة المنازعات المتعلقة بتكوين حصص الشركاء فى المال الشائع وذلك بتقويمه وقسمته حصصاً فإذا ما تحققت من عدم إمكان قسمته عيناً أو أن من شأن ذلك إحداث نقص كبير في قيمته فإنها تصدر حكماً بإجراء بيع المال بالمزايدة.

(**الطعن ٢٣١١ لسنة ٦١ق – جلسة ١٩٩٦/٦/١١ س٤٧ ص٩٥٤**)

* * *

obeikan.com

مادة (٨٣٩)

(١) متى إنتهى الفصل فى المنازعات وكانت الحصص قد عينت بطريق التجنيب، اصدرت المحكمة الجزئية حكما باعطاء كل شريك النصيب المفرز الذى آل إليه.

(٢) فان كانت الحصص لم تعين بطريق التجنيب، تجرى القسمة بطريق الاقتراع، وتثبت المحكمة ذلك فى محضرها وتصدر حكما باعطاء كل شريك نصيبه المفرز.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالاقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٧٩٣ سورى و ١٠٧٢ عراقى.

الأعمال التحضيرية:

ينظر – لاحقا – ما جاء بالتعليق بالأعمال التحضيرية – على نص المادة ٨٤٢ مدنى.

رأى الفقه:

١– يتضمن نص المادة ٨٣٩ مدنى فرضين يجب التمييز بينهما:

الاول – ان يكون نصيب كل شريك قد عين بطريق التجنيب فلا يبقى أمام المحكمة الجزئية الا ان تصدر حكما باعطاء كل شريك النصيب المفرز الذى آل إليه. وقد يلتزم أحد الشركاء بدفع معدل الى شريك آخر أو اكثر.

والثانى – أن يكون المال المراد قسمته قد قسم الى حصص – فيجب توزيع هذه الحصص بين الشركاء كل بقدر نصيبه. واذ كانت الحصص بالذات التى تقع فى نصيب كل شريك غير معروفة، فقد لجأ القانون الى طريق الاقتراع لتعيين هذه الحصص، حتى يطمئن الشركاء الى ان فرصهم متساوية، ومن ثم تجرى المحكمة القرعة بين الشركاء، وتثبت المحكمة الجزئية كل ما يجرى فى القرعة فى محضرها، ثم تصدر حكما كل شريك نصيبه المفرز، اى الحصة أو الحصص المفرزة التى اوقعتها القرعة فى نصبه.

فدعوى القسمة فى مرحلتها الثالثة تنتهى دائما الى حكم بالقسمة يعين النصيب المفرز الذى آل الى كل شريك.

(الوسيط – ٨ – للدكتور السنهوري – المرجع السابق – ص٩٢٧ و٩٢٨ و٩٢٩)

٢– إذا كان الشركاء ثلاثة، وكانت انصبتهم هى النصف والثلث والسدس، قسم المال اسداسا. وإذا قام نزاع فى تكوين الحصص تفصل فيه المحكمة، ثم تجرى القسمة بطريق الاقتراع وتثبت ذلك فى محضرها – وتصدر حكما باعطاء كل شريك نصيبه المفرز (م ٢/٢٣٩ مدنى مصرى).

فإذا تعذرت القسمة على اصغر نصيب، فيجوز اجراؤها بطريق التجنيب، وذلك بان يعين لكل شريك جزء مفرز من المال الشائع يعادل حصته، وتصدر المحكمة بعد

الفصل فيما قد يثور من منازعات حكما باعطاء كل شريك النصيب المفرز الذى آل إليه (م ١/٨٣٩ مدنى مصرى).

(الملكية الشائعة في قوانين البلاد العربية – للدكتور عبد المنعم فرج الصده – ص٦٠)

٣- إذا إنتهى الفصل فى المنازعات المتعلقة بالقسمة وكانت الحصص قد عينت بطريق التجنيب، اصدرت المحكمة الجزئية حكما باعطاء كل شريك النصيب المفرز الذى آل إليه (م ٨٣٩ مدنى). وان كانت الحصص لم تعين بطريق التجنيب، تجرى القسمة بطريق الاقتراع، وتثبيت المحكمة ذلك فى محضرها، وتصدر حكما باعطاء كل شريك نصيبه المفرز (م ٣/٨٣٩ مدنى مصرى)

(الحقوق العينية الأصلية – للدكتور محمد علي عمران – المرجع السابق – ص٣٢٨ و٣٢٩)

من أحكام القضاء الحديثة:

١- إذ كان القضاء في دعوى قسمة المال الشائع هو حكم يؤثر في الملكية وتترتب عليه حقوقه لأن الهدف منها إما بيع المال الشائع بطريق المزايدة العلنية في حالة عدم إمكان قسمته عينا أو إمكان ذلك بإحداث نقص كبير في قيمته ثم قسمة الثمن الذي يرسو به المزاد على الشركاء وإما قسمة المال إلى حصص أو التجنيب بما يستتبع أن يثبت كل شريك أصل ملكيته لحصته الشائعة في هذا المال وتتسع معه هذه الدعوى بالتالي للفصل في المنازعات التي قد تثور حول هذه الملكية وذلك على النحو الذي بينته المادة ٨٣٨ من القانون المدني فإن مفاد ذلك أن الحكم فيها يقوم على ثبوت ملكية الشركاء لما يطلبون قسمته من هذا المال مما تعد معه بهذه المثابة من قبيل المطالبة بالحق، لما كان ما تقدم فإن رفع الشريك في المال الشائع لهذه الدعوى يترتب عليه سقوط إدعائه بالحيازة والذي يكون قد أقام به الدعوى قبل رفعه دعوى القسمة.

(الطعن رقم ٨٥٢ـ لسنة ٦١ ق ـ تاريخ الجلسة ٠٩ / ١١ / ١٩٩٥)

* * *

openkan.com

مادة (٨٤٠)

إذا كان بين الشركاء غائب أو كان بينهم من لم تتوافر فيه الأهلية، وجب تصديق المحكمة على حكم القسمة بعد أن يصبح نهائيا، وذلك وفقا لما يقرره القانون.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية المواد التالية:

مادة ٧٩٩ سورى.

الأعمال التحضيرية:

ينظر – لاحقا – ما جاء بالتعليق بالأعمال التحضيرية على نص المادة ٨٤٢ مدنى.

رأى الفقه:

١– يجب القول أنه فى حالة تقسيم المال الى حصص، إذا كان بين الشركاء غائب أو شخص لم تتوافر فيه الأهلية وليس له اب، تعين ان تصدق المحكمة الإبتدائية التى تتبعها محكمة القسمة، لا على الحكم بالقسمة فى مرحلته النهائية، بل على قسمة المال الى حصص، وللمحكمة عند الاقتضاء ان تدعو الشركاء ومعهم النائب عن المحجور لسماع اقوالهم، ولها ان ترفض ما أقرته المحكمة الجزئية (محكمة القسمة) من قسمة المال الى حصص، وأن تعين أسسا اخرى تراها أصلح لقسمة المال الى حصص، وإذا قامت منازعة فى شأن تكوين الحصص، وفصلت فيه المحكمة الجزئية، وإستؤنف حكمها أمام المحكمة الإبتدائية (أى نفس المحكمة التى تصدق على قسمة المال إلى الحصص)، فمن البديهى أن حكم المحكمة الإبتدائية الصادر فى هذا الإستئناف يقوم مقام التصديق على قسمة المال إلى الحصص، إذ تكون المحكمة بوصفها محكمة إستئنافية قد نظرت نفس المسألة التى كانت تنظرها بوصفها محكمة التصديق.

وفى حالة القسمة عن طريق التجنيب تصدق المحكمة الإبتدائية على حكم القسمة الصادر من المحكمة الجزئية بتجنيب أنصبة الشركاء.

(الوسيط – ٨ – للدكتور السنهوري – المرجع السابق – ص٩٣١ – ٩٣٢).

٢– إذا كان بين الشركاء غائب أو كان بينهم من لم تتوافر فيه الأهلية، وجب تصديق المحكمة الإبتدائية على حكم القسمة بعد أن يصبح نهائيا. وذلك فيما عدا حالة الشريك القاصر الذى كان ممثلا فى دعوى القسمة بوليه، اذ ان الولى ليس عليه ان يستأذن المحكمة فى قسمة مال القاصر بالتراضى، فسلطته فى هذا الشأن غير مقيدة بما يقيد سلطة الوصى أو القيم أو وكيل الغائب. ويقوم مقام التصديق الحكم الذى تصدره المحكمة الإبتدائية بوصفها محكمة إستئنافية بتأييد حكم القسمة إذا ما إستؤنف إليها. وإذا رفضت المحكمة التصديق تعين عليها ان تقسم الأموال الى حصص على

الأسس التى تراها صالحة بعد دعوة الخصوم (م ٨٤٠ مدنى مصرى و م ٤٠ و٧٩ ق١١٩ لسنة ١٩٥٢ بشأن الولاية على المال).

(الملكية الشائعة – المرجع السابق – للدكتور عبد المنعم فرج الصده – ص٦١)

من أحكام القضاء الحديثة:

١- إجراء القسمة بالتراضي جائز ولو كان بين الشركاء من هو ناقص الأهلية، على أن يحصل الوصي أو القيم على إذن من الجهة القضائية المختصة بإجراء القسمة على هذا الوجه وعلى أن تصدق هذه الجهة على عقد القسمة بعد تمامه حتى يصبح نافذاً في حق ناقص الأهلية. وإذ كان البطلان المترتب على عدم مراعاة هذه الإجراءات قد شرع لمصلحة القاصر ومن في حكمه حتى لا يتعاقد الوصي أو القيم على تصرف ليس له في الأصل أن يستقل به، فإن هذا البطلان يكون نسبياً لا يحتج به إلا ناقص الأهلية الذي يكون له عند بلوغه سن الرشد إن كان قاصراً أو عند رفع الحجر عنه إن كان محجوراً عليه التنازل عن التمسك بهذا البطلان وإجازة القسمة الحاصلة بغير إتباع هذه الإجراءات.

(الطعن رقم ١٩٠ ـ لسنة ٢٩ ق ـ تاريخ الجلسة ٢٣ / ٠١ / ١٩٦٤)

* * *

obeikan.com

مادة (٨٤١)

إذا لم تمكن القسمة عينا، أو كان من شأنها إحداث نقص كبير فى قيمة المال المراد قسمته، بيع هذا المال بالطريق المبينة فى قانون المرافعات، وتقتصر المزايدة على الشركاء إذا طلبوا هذا بالإجماع.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٧٩٥ سورى و٨٤٥ ليبى و١٠٧٣ عراقى و٩٤٢ لبنانى.

الأعمال التحضيرية:

يراجع- لاحقا- التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد على نص المادة ٨٤٢ مدنى.

رأى الفقه:

١- إذا تبين ان المال الشائع لا تمكن قسمته عينا (حصانا- سيارة)، أو تمكن قسمته ولكن باحداث نقص كبير فى قيمته (دار من طبقات- ارض بناء)، فان المحكمة تقضى بان تكون القسمة بطريق التصفية.

والقسمة بطريق التصفية تكون ببيع المال الشائع بطريق المزايدة العلنية- وقسمة الثمن الذى يرسو به المزاد على الشركاء كل بنسبة حصته فى المال الشائع.

وتصدر المحكمة الجزئية- المرفوع إليها دعوى القسمة- حكما بإجراء البيع بالمزايدة متى تحققت من ان المال الشائع لا تمكن قسمته عينا دون ان يلحق به نقص كبير فى قيمته، وذلك ايا كانت قيمة هذا المال الشائع ولو جاوزت نصاب القاضى الجزئى، ذلك ان الحكم بإجراء البيع بالمزايدة هنا يعتبر إجراء من إجراءات القسمة تختص به المحكمة الجزئية، ويباع المال- عقارا كان أو منقولا- وفقا للإجراءات المنصوص عليها فى قانون المرافعات بشأن بيع العقار المحجوز أو المنقول.

(الوسيط - ٨ - للدكتور السنهوري - المرجع السابق - ص٩١٥ وما بعدها)

٢- إذا تبينت المحكمة المختصة بإجراء القسمة أن قسمة المال الشائع عينا غير ممكنة- كما لو كان المال سيارة- أو أن من شأن هذه القسمة إحداث نقص كبير فى قيمة هذا المال كما لو كان المال مصنعا، فإنها تأمر ببيع المال بالمزاد وذلك بالطريق المبينة فى قانون المرافعات. ولم ينص قانون المرافعات المصرى على إجراءات خاصة ببيع المال لعدم امكان قسمته الا إذا كان المال عقارا (م ٤٦٤ و٤٦٦، ٤٦٨ من قانون المرافعات رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨). وعليه فإذا كان المال الشائع وأريد بيعه لعدم امكان قسمته وجب اتباع الإجراءات الخاصة ببيع المنقولات التى يوقع الحجز عليها لدين على المدين، وذلك فيما عدا ما لا يتفق من هذه الإجراءات مع الغرض المقصود من البيع.

والأصل انه يجوز لأى شخص ان يتقدم للمزايدة، سواء اكان شريكا أو شخصا من الغير، ولكن الشارع بمقتضى المادة ٨٤١ مدنى مصرى خول الشركاء الحق فى

أن تقتصر المزايدة عليهم إذا اتفقوا على ذلك، فإذا طلبوا هذا بالاجماع امرت المحكمة بقصر المزايدة عليهم، فيرسو المزاد على احدهم، ويكون رسو المزاد فى هذه الحالة قسمة بطريق التصفية، وإذا لم يتفقوا على قصر المزايدة عليهم، ومع ذلك رسا المزاد على أحدهم كل هذا ايضا قسمة بطريق التصفية، وفى الحالين تترتب على حكم مرسى المزاد كافة آثار القسمة والرأسى عليه المزاد. انما يلاحظ انه حتى فى هذه الحالة الاخيرة، فان الحكم الصادر بتقسيم الثمن بين الشركاء تترتب عليه ايضا فى العلاقة بينهم كافة آثار القسمة. كما يجب تصديق المحكمة الإبتدائية على هذا الحكم إذا كان بين الشركاء غائب أو كان بينهم من لم تتوافر الأهلية.

اذن فالحكم يختلف بحسب ما إذا كان الرأسى عليه المزاد هو أحد الشركاء ام كان اجنبيا، ففى الحالة الأولى يكون رسو المزاد قسمة بطريق التصفية، أما فى الحالة الثانية فيكون رسو المزاد بيعا عاديا، ويترتب على هذا الاختلاف فى الحكم أنه إذا كان الراسى عليه المزاد هو أحد الشركاء فلا يكون التسجيل لازما لنقل الملكية الا بالنسبة الى الغير، ويكون الثمن مضمونا بإمتياز المتقاسم وتسرى أحكام القسمة فيما يتعلق بضمان الإستحقاق، بينما إذا كان الراسى عليه المزاد اجنبيا فان التسجيل يصبح لازما لنقل الملكية، سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة الى الغير ويكون الثمن مضمونا بإمتياز البائع، وتسرى أحكام البيع فيما يتعلق بضمان الإستحقاق وضمان العيوب الخفية (**الملكية في قوانين البلاد (العربية – ٢ – للدكتور عبد المنعم الصده – المرجع السابق – ص٦١ وما بعدها)**

٣– قد تتعذر القسمة عينا، ويكون ذلك فى حالتين: الحالة الأولى– وفيها لا يقبل المال الشائع القسمة عينا بطبيعته كسيارة مثلا. والحالة الثانية– وفيها يترتب على قسمة المال الشائع بطريق التصفية نقص كبير فى قيمته، وفى هاتين الحالتين تتم قسمة المال الشائع بطريق التصفية، ويكون ذلك ببيع المال الشائع، ويتم البيع بأمر ولائى يصدره القاضى إذا لم يكن هناك منازعة فى البيع وضروريته. اما إذا نازع فى البيع وضروريته أحد من الشركاء فلابد من حكم قضائى تصدره المحكمة بعد النظر فى النزاع الذى يدور حول ضرورة البيع، والمزاد هنا بالمحكمة بطبيعة الحال المحكمة الجزئية.

(الحقوق العينية الأصلية – للدكتور محمد علي عمران – المرجع السابق – ص٣٢٩)

من أحكام القضاء الحديثة:

١– الشريك الذى يطلب انهاء حالة الشيوع والحصول على ما يقابل حصته من ثمن العقار المبيع بالمزاد عند عدم امكان القسمة عينا لا يعتبر دائنا لباقى شركائه المشتاعين معه ولا حاجزا على هذا العقار الشائع.

(نقض – جلسة ١٩٥٩/٢/١٢ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ١٠ – ص١٣٤)

٢– مفاد نص المادتين ٨٣٨ (فقرة أولى) و٨٤١ من القانون المدني والمادة ٤٣ من قانون المرافعات أن المحكمة الجزئية تختص نوعياً بالفصل في كافة المنازعات المتعلقة بتكوين حصص الشركاء في المال الشائع وذلك بتقويمه وقسمته حصصاً فإذا

ما تحققت من عدم إمكان قسمته عيناً أو أن من شأن ذلك إحداث نقص كبير في قيمته فإنها تصدر حكما بإجراء بيع المال بالمزايدة.

(**الطعن ٢٣١١ لسنة ٦١ق جلسة ١٩٩٦/٦/١١ س٤٧ ص٩٤٥**)

٣- سبق ان باشرت المحكمة الدستورية العليا رقابتها القضائية على دستورية نص المادة ٨٤١ من القانون المدنى فاصدرت بجلسة ١٩٩٨/١/٣ حكمها فى القضية رقم ٣٦ لسنة ١٧ قضائية (دستورية) برفض الدعوى وقد نشر هذا الحكم فى الجريدة الرسمية بتاريخ ١٩٩٨/١/١٥ وكان مقتضى المادتين ٤٨و٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ وان يكون لقضاء هذه المحكمة فى الدعاوى الدستورية حجية مطلقة فى مواجهة الكافة وبالنسبة الى الدولة بسلطاتها المختلفة باعتباره قولا فصلا لا يقبل تأويلا ولا تعقيبا من اى جهة كانت وهى حجية تحول بذاتها دون المجادلة فيه او اعادة طرحه عليها من جديد لمراجعته فانه يتعين الحكم بعدم قبول الدعوى الماثلة فى شقها المتعلق بالطعن على ذلك النص.

(**الطعن رقم ١٣٦ ـ لسنة ٢١ ق ـ تاريخ الجلسة ٥ / ٥ / ٢٠٠١**)

* * *

obeikan.com

مـــادة (٨٤٢)

(١) لدائنى كل شريك ان يعارضوا فى ان تتم القسمة عينا أو أن يباع المال بالمزاد بغير تدخلهم، وتوجه المعارضة الى كل الشركاء، ويترتب عليها الزامهم ان يدخلوا من عارض من الدائنين فى جميع الإجراءات، والا كانت القسمة غير نافذة فى حقهم.

ويجب على كل حال ادخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة.

(٢) اما إذا تمت القسمة، فليس للدائنين الذين لم يتدخلوا فيها أن يطعنوا عليها الا فى حالة الغش.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالاقطار العربية، المواد الاتية:
مادة ٨٤٦ ليبى و٧٩٦ سورى و١٠٧١ عراقى و٩٤٣- ٩٤٥ لبنانى.

الأعمال التحضيرية:

تعرض نصوص المواد ١٢٠٤- ١٢١٠ (من المشروع) لإجراءات القسمة القضائية، سواء كانت عينا أو كانت بطريق التصفي. وقد وضع المشرع هذه الإجراءات فى المكان اللائق بها عند الكلام فى انتهاء الملكية الشائعة بخلاف التقنين الحالى فقد وضعها فى عقد الشركة.

ومن يطلب القسمة من الشركاء هو الذى يرفع دعوى القسمة على سائر الشركاء أمام المحكمة المختصة (محكمة العقار أو محكمة أحد المدعى عليهم فى المنقول)، فتعين المحكمة خبيرا أو اكثر، إن رأت وجها، لذلك لقسمة المال الشائع حصصا، إذا كان المال يقبل القسمة عينا دون ان يلحقه نقص محسوس، وإذا لم تمكن قسمته عينا تبيع فى المزاد وقسم الثمن على الشركاء، ويجوز ان يتفق الشركاء على أن تقتصر المزايدة عليهم، فيرسو المزاد على أحد منهم، ويكون المزاد فى هذه الحالة قسمة بطريق التصفية، أما إذا لم يتفق الشركاء على اقتصار المزايدة عليهم، فإن هذا لا يمنع أى شريك من التقدم للمزايدة، فإن رسا المزاد عليه كان هذا أيضا قسمة بطريق التصفية، وإن رسا المزاد على أجنبى كان هذا بيعاً.

فان أمكن قسمة المال عينا دون ان يلحقه نقص محسوس وعين خبير لتكوين الحصص، كونها على اصغر نصيب حتى لو كانت القسمة جزئية بأن كان بعض الشركاء هم الذين يريدون التخلص من الشيوع دون الآخرين. فإذا لم يتيسر للخبير تكوين الحصص على أساس اصغر نصيب جاز له لن يقسم بطريق التجنيب، وذلك بأن يعين لكل شريك جزءا مفرزا من المال الشائع يتعادل مع حصته، وإذا إقتضى الأمر معدلا يكمل نصيب بعض الشركاء حدود هذا المعدل. فإذا عينت الحصص بطريق التجنيب اصدرت المحكمة الجزئية، بعد الفصل بعد المنازعات على النحو الذى سيأتى ذكره، حكما باعطاء كل شريك النصيب المفرز الذى آل إليه. أما إذا أمكن

تكوين الحصص على أساس اصغر نصيب (مثل ذلك أن تكون أنصبة الشركاء هى النصف والثلث والسدس فيقسم المال اسداسا، أو تكون انصبتهم هى الثلثان والربع وجزء من اثنى عشر فيقسم المال الى اثنى عشر جزءا وهكذا)، فان قام نزاع فى تكوين الحصص فصلت فيه المحكمة الجزئية، وان قام نزاع فى غير ذلك، كأن تنازع الشركاء الاخرون مدعين ان له الربع، فصلت المحكمة المختصة فى هذا النزاع فان كانت هى المحكمة الجزئية المختصة بالقسمة تولت الفصل، والا أحالت الخصوم على المحكمة المختصة وحددت الجلسة التى يحضرون فيها، ووقفت دعوى القسمة حتى يفصل نهائيا فى هذا النزاع. ومتى إنتهى الفصل فى المنازعات أجريت القسمة بطريق القرعة، وتثبت المحكمة ذلك فى محضرها، وتصدر حكما باعطاء كل شريك نصيبه المفرز. وحكم القسمة هذا هو الذى تصدق عليه المحكمة الإبتدائية إذا كان بين الشركاء غائب أو شخص لم تتوافر فيه الأهلية ولم يكن له ولى شرعى، اما فى التقنين الحالى فالمحكمة الإبتدائية تصدق على قسمة الأموال الى حصص، وقد رؤى ان الأولى ان يكون التصديق على حكم القسمة نفسه.

ولما كان دائنو الشركاء يعينهم أمر القسمة اذ قد يعين فيها أحد الشركاء المدينين، فقد خول لهم التدخل فى إجراءات القسمة، سواء تمت عينا أو بطريق التصفية. وتوجه المعارضة الى كل الشركاء، فيلتزم هؤلاء ان يدخلوا الدائنين المعارضين فى جميع الإجراءات والا كانت القسمة غير نافذة فى حقهم. اما إذا تمت القسمة دون تدخل من الدائنين، أو كانت القسمة عقدا، فليس للدائنين ان يطعنوا فى القسمة الا بطريق الغش فى الحالة الأولى أو بطريق الدعوى البوليصة فى الحالة الثانية.

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني – جزء ٦ – ص١١٩ و١٢٠)

رأى الفقه:

١ – قصد بنص المادة ٨٤٢ مدنى حماية مصالح دائنى الشركاء عند قسمة المال الشائع، سواء اكانت القسمة قضائية أو إتفاقية، كلية أو جزئية، عينية أو قسمة تصفية. ويقصد بالدائنين هنا دائنو كل شريك سواء أكان دائنا شخصيا أو دائنا ذا حق مقيد، وسواء أكان الحق واقعا على المال الشائع المراد قسمته أو واقعا على غيره عن أموال الشريك. وكل ما يعنى الدائن هنا ان تتم القسمة دون اضرار بمصالحه، والا اضطر للتدخل فى القسمة لمراقبة إجراءاتها ليمنع تواطؤ الشركاء على الاضرار بمصلحته، أو تقصير مدينه فى دفع الغبن عن نفسه فيلحقه الغبن هو ايضا تبعا لذلك.

وإذا اراد الدائن الاحتياط بالنسبة لمدينة الذى له حصة فى مال شائع، ان يرسل لمدينه ولسائر الشركاء معارضة بوجوب تدخله فى القسمة، ولم يشترط القانون شكلا خاصا للمعارضة، والافضل ان تكون انذارا على يد محضر، ولكن يصح ان تكون بكتاب مسجل أو غير مسجل، بل يصح ان تكون شفويا، ولكن الدائن يحمل عبء الإثبات، كما لم يحدد القانون ميعادا لتوجيه المعارضة، فيصح ان تكون بمجرد علم الدائن بأن للمدين حصة فى مال شائع، ويبقى حق الدائن فى المعارضة الى ان تتم قسمة هذا المال. والمعارضة عمل من الأعمال التحفظية، فيكفى ان تتوافر فى الدائن

أهلية القيام بهذه الأعمال. ومتى وصلت المعارضة الى جميع الشركاء تعين عليهم ان يدخلوا المعرض فى جميع إجراءات القسمة.

اما بالنسبة للدائنين المقيدة حقوقهم (الدائن المرتهن رسميا أو حيازيا أو صاحب حق اختصاص أو إمتياز) فانه يجب على الشركاء ادخالهم فى إجراءات القسمة دون حاجة الى توجيه معارضة منهم.

كما يجوز للدائن ان يتدخل من تلقاء نفسه- دون دعوة من الشركاء فى إجراءات القسمة بمجرد علمه بذلك.

ويترتب على معارضة الدائن أو تدخله أن يصبح طرفا فى جميع إجراءات القسمة منذ معارضته أو منذ تدخله، فلا تجوز مباشرة هذه الإجراءات الا فى مواجهته. ومن ثم لا يجوز مباشرة إجراءات بيع المال الشائع فى المزاد، ولا تعيين خبير لتكوين الحصص، ولا الفصل فى المنازعات المتعلقة بإجراءات القسمة، ولا إجراء القرعة، ولا تجنيب انصبة الشركاء المفرزة ولا التصديق على حكم القسمة، فى غير مواجهة الدائن.

ويتحمل الدائن- وحده- نفقات معارضته ونفقات تدخله.

وما دام الدائن قد تدخل فعلا فى إجراءات القسمة بناء على معارضته أو بناء على تدخله من تلقاء نفسه، فقد اعطى الفرصة الكافية لمراقبة إجراءات القسمة ولمنع تواطؤ الشركاء على الإضرار بمصلحته، فإذا تمت القسمة فليس لهذا الدائن أن يعترض عليها، ولا يجوز له بوجه خاص أن يطعن فيها بالدعوى البوليصية فقد حل تدخله فى القسمة محل هذه الدعوى.

أما إذا وجه الدائن معارضته الى جميع الشركاء أو كان له حق مقيد وبالرغم من ذلك لم يدع الى التدخل فى إجراءات القسمة هو من تلقاء نفسه، فان الشركاء يكونون قد خالفوا القانون فى عدم دعوة الدائن الى التدخل فى إجراءات القسمة بعد المعارضة ودون التدخل أو بعد ان قيد حقه.

والجزاء هو- كما نصت المادة ١/٨٤٢ مدنى- أن تكون القسمة غير نافذة فى حق هذا الدائن بغير حاجة الى أن يثبت تواطؤ الشركاء أو غش الشريك المدين.

ولكن على المدين فقط ان يثبت ان القسمة عادت عليه بالضرر، فإذا أثبت الدائن الضرر الذى لحقه من القسمة واصبحت القسمة غير نافذة فى حقه، عاد المال الى الشيوع بالنسبة الى هذا الدائن ومن ثم يجوز طلب قسمة المال من جديد لتكون القسمة نافذة فى حق الدائن. ويجوز ان يطلب القسمة اى شريك حتى الشريك المدين. كما يجوز ان يطلبها الدائن باسم هذا المدين.

ويجوز للدائن بدلا من إعادة طلب القسمة ان يطالب الشركاء جميعا متضامنين بتعويض الضرر الذى لحقه من القسمة على أساس الخطأ الذى ارتكبه الشركاء فى عدم دعوة الدائن الى التدخل، كما يجوز للشركاء ان يفوا للدائن حقه فلا تصبح له مصلحة فى الطعن فى القسمة، ويرجع الشركاء الذين دفعوا الدين على شريكهم المدين. وإذا كان للشريك المدين وجه للطعن فى القسمة، كأن يطعن فيها بالغبن أو بالغلط أو بالاكراه أو بالتدليس أو بغير ذلك من وجوه الطعن، جاز للدائن ان يستعمل حق مدينة فيطعن فى القسمة عن طريق الدعوى غير المباشرة.

أما إذا دعى الدائن الى التدخل لمعارضته أو لأن حقه مقيد ومع ذلك لم يتدخل، مقصرا كان أو غير مقصر، وتمت القسمة دون ان يتدخل فى إجراءاتها، فان الشركاء لا ذنب لهم فى ذلك، فالدائن لم يعارض ولم يكن حقه مقيدا، ومن أجل ذلك- وكما تقول المادة ٢/٨٤٢ مدنى تكون القسمة نافذة فى حق الدائن- إلا إذا طعن فيها بالدعوى البوليصية فأثبت غش المدين تواطؤ سائر الشركاء معه وفقا للقواعد المقرره فى هذه الدعوى.

(الوسيط – ٨ – للدكتور السنهوري – المرجع السابق – ص٩٢٩ وما بعدها)

٢- قدر المشرع فى التقنين المصرى (م ٨٤٢ مدنى) والتقنين الليبى (م ٨٤٦ مدنى) والتقنين السورى (م ٧٩٦ مدنى) وتقنين الموجبات والعقود اللبنانى (م ٩٤٣) ان للدائنين مصلحة جيدية فى ان يتدخلوا فى إجراءات القسمة لحماية انفسهم من تواطؤ يحتمل وقوعه بين الشركاء.

ويتضح من النصوص المذكورة ان قوانين البلاد العربية فى هذا الخصوص فريقان: فريق للدائنين حق المعارضة فى ان تتم القسمة بغير تدخلهم سواء أكانت القسمة إتفاقية أو قضائية، ويشمل هذا الفريق القانون السورى والقانون اللبنانى. وفريق آخر يجعل حق المعارضة هذا قاصرا على القسمة القضائية، ويشمل هذا الفريق القانون المصرى والقانون الليبى، وهذا الحل الأخير حل منتقد، إذ أن حاجة الدائنين إلى الحماية بتخويلهم حق المعارضة ألزم فى القسمة الإتفاقية منها فى القسمة القضائية. ويسوى القانون الفرنسى فى هذا الشأن بين القسمة الإتفاقية والقسمة القضائية حيث يخول الدائنين حق المعارضة فى الحالين (م ٨٨٢ مدنى فرنسى).

وفى القانون المصرى والقانون السورى والقانون الليبى هناك فريق من الدائنين يجب على الشركاء ادخالهم فى دعوى القسمة ولو لم توجه منهم معارضة والا كانت القسمة غير نافذة فى حقهم، وهؤلاء هم الدائنون المشهرة حقوقهم قبل رفع الدعوى، ويراد بهم الدائنون الذين تقرر لهم حق تبعى على حصة مدينهم الشائعة فى العقار وتم شهر حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة، ويدخل فيهم الدائن الذى تقرر له رهن على جزء مفرز من العقار الشائع إذا توصل الى شهر حقه، كما ينطبق الحكم بطريق القياس على من يشترى جزءا مفرزا من العقار الشائع إذا إستطاع أن يشهر البيع.

ومتى تدخل الدائن فى إجراءات القسمة كان له ان يبدى من الاعتراضات ما يحول دون تواطؤ الشركاء على الاضرار به، كأن ينازع فى تكوين الحصص، أو يعترض على إجراء القسمة بطريق التجنيب ما دام ان إجراءها بطريق الاقتراع ممكنا أو يعترض على قصر المزايدة على الشركاء فيطلب قبول الاجانب فيها. وليس للدائن، بعد ان تدخل فى إجراءات القسمة أو ادخل فيها، ان يعترض عليها بعد تمامها بحجة تواطؤ الشركاء على الاضرار به. اما الدائنون الذين لم يطعنوا فى إجراءات القسمة ولم يكن واجبا ادخالهم فيها فلهم ان يطعنوا فى القسمة بعد اتمامها بالدعوى البوليصية.

(الملكية فى قوانين البلاد العربية – ٢ – الملكية الشائعة – للدكتور عبد المنعم فرج الصده – المرجع السابق – ص٦٣ وما بعدها)

٣- حماية للدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة، اوجب القانون على الشركاء المقاسمين ادخالهم فيها، وهذا ما تنص عليه المادة ٨٤٢ مدنى. فيجب اذن التفرقة بين نوعين من الدائنين.

(ا) الدائنون المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة- فبالنسبة لهؤلاء يجب على الشركاء المتقاسمين ادخالهم فى دعوى القسمة، ومثالهم الدائنون المرتهنون رهنا رسميا أو رهنا حيازيا للمال الشائع أو الذين لهم حق اختصاص أو حق إمتياز على المال الشائع، إذا كان هؤلاء قد قيدوا حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة. والغرض من ادخالهم هو حمايتهم من ان يعمد الشركاء المتقاسمون الى الاضرار بهم، وبذلك يكون المشرع قد اوجب على الشركاء المتقاسمين ادخال هؤلاء الدائنين فى القسمة.

(ب) اما الدائنون غير المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة، فعلى الشركاء المتقاسمين ادخالهم فى القسمة إذا عارضوا فى تمامها بغير تدخلهم. ولم يشترط القانون لهذه المعارضة شكلا خاصا، فيجوز ان تتم بخطاب مسجل مصحوب بعلم وصول، ويجوز ان تتم بانذار على يد محضر. المهم فقط هو ان توجه المعارضة الى جميع الشركاء ويترتب على ادخال الدائن فى القسمة ان يصبح هذا الدائن طرفا فى جميع على هذه المعارضة الى جميع الشركاء. ويترتب على هذه المعارضة إجراءاتها منذ معارضته أو منذ تدخله، ولا تجوز مباشرة هذه الإجراءات الا فى مواجهته.

فإذا تمت القسمة بغير ان يدخل الشركاء الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة، فان القسمة لا تكون نافذة فى حقهم، وينطبق نفس الحكم بالنسبة للدائنين الذين عارضوا إجراء القسمة بغير تدخل منهم إذا لم يتم بعد ذلك ادخالهم. ولا تسرى القسمة فى حق هؤلاء بغير حاجة الى إثبات الغش أو التواطؤ. ويجب مع ذلك على الدائن ان يثبت ان القسمة قد عادت عليه بضرر. ومعنى عدم نفاذ القسمة فى مواجهة الدائن ان يكون من حقه ان يعتبر ان المال لا يزال مملوكا على الشيوع كما لو كانت القسمة لم تتم.

أما بالنسبة للدائن الذى لم يعارض فى إجراء القسمة ولم يكن حقه مقيدا قبل رفع دعوى القسمة أو الذى دعى الى التدخل فى القسمة ولم يتدخل، فلا يكون لهذا الدائن ان يطلب عدم نفاذ القسمة فى مواجهته الا إذا أثبت غش مدينه (الشريك المتقاسم) وتواطؤ سائر الشركاء معه وفقا للأحكام المنصوص عليها فى الدعوى البوليصية.

(الحقوق العينية الأصلية – للدكتور محمد علي عمران – المرجع السابق – ص٣٢٩ وما بعدها)

٤- خول المشرع دائنى الشركاء حق التدخل فى إجراءات القسمة، سواء تمت بالتراضى ام تمت أمام المحكمة، وسواء تمت عينيا ام بطريق التصفية.

ويخلص مما أورده القانون فى هذا الصدد (م ٨٤٢ مدنى) ان المشرع يخول دائنى كل من الشركاء المتقاسمين ان يعارضوا فى ان تتم القسمة أو ان يباع المال المشترك بالمزاد بغير تدخل هؤلاء الدائنين، أو ان يتم ذلك فى غيابهم، وتوجه المعارضة التى يتقدم بها الدائنون الى كل الشركاء المتقاسمين. وفى هذه الحالة يتعين على الشركاء ان يدخلوا الدائنين فى جميع الإجراءات ومن الطبيعى ان يكون لهؤلاء

الدائنين التدخل من تلقاء انفسهم وعلى نفقتهم (م ٨٤٢ مدنى) وذلك طبقا لما تقضى به قواعد المرافعات.

ويترتب على عدم ادخال الدائنين أو عدم تدخلهم فى دعوى القسمة، وعلى اتمام القسمة فى غيابهم وبالرغم من اعتراضهم ألا تكون هذه القسمة نافذة فى حقهم. ومن هذا يتبين ان الجزاء الذى يقرره القانون هنا بالنسبة لعدم نفاذ القسمة فى حق الدائنين، يتقرر بالنسبة للدائنين الذين عارضوا فى ان تتم القسمة عينا أو ان يباع المال بالمزاد دون تدخلهم، ولم يقم الشركاء بادخالهم فى جميع الإجراءات الخاصة بالقسمة.

وهناك حالة اخرى يجب فيها على الشركاء ادخال الدائنين فى الإجراءات الخاصة بالقسمة كذلك، وهى حالة ما إذا كانت حقوق هؤلاء الدائنين مقيدة قبل رفع دعوى القسمة.

وعلى ذلك فانه بالنسبة للدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة أو اصحاب الحقوق العينية التبعية بصفة عامة المدرجة اسماؤهم فى السجل العقارى، يتعين بالنسبة لهؤلاء الدائنين جميعا ان يدخلوا فى إجراءات القسمة، ويقع ذلك على الشركاء من تلقاء انفسهم، ولو لم يوجه هؤلاء الدائنون اية معارضة اليهم، فإذا لم يقم الشركاء بدعوتهم الى التدخل طبق الجزاء السابق. ومن الواضح ان معرفة الشركاء لدائنين فى هذه الحالة ميسورة نظرا لأن حقوقهم مشهرة. وهذا الحكم ينطبق ويقع على الشركاء إلتزام بادخال الدائنين ما لم يتدخل هؤلاء من تلقاء انفسهم، حيث تكون القسمة سارية قبلهم.

هذا بالنسبة للدائنين بصفة عامة الذين يعارضون فى ان تتم القسمة فى غيابهم، أو بالنسبة للدائنين اصحاب الحقوق المقيدة قبل رفع دعوى القسمة. والمهم انه إذا اعترض الدائنون ايا كانوا أو كان حق الدائنين مقيدا، وقام الشركاء بدعوتهم، أو حضروا من تلقاء انفسهم، فان القسمة تسرى فى مواجهتهم، ولا يكون لهم بعد ذلك اى مطعن عليها، فقد اتيحت لهم فرصة مراقبة سير الإجراءات، وكان لهم ان يعترضوا على اى غش أو تواطؤ بين الشركاء المتقاسمين، فإذا لم يقم الشركاء بدعوة هؤلاء الدائنين فان القسمة لا تكون نافذة قبلهم.

اما إذا دعوا الى الحضور ولم يحضروا فمإذا يكون الحكم ؟ من الواضح فى هذه الحالة ان الدائنين يعتبرون انهم قد قصروا، ولهذا لا يكون لهم الافادة من الجزاء الذى يقرره القانون بمعنى ان القسمة تسرى قبلهم، فلا يكون لهم الاعتراض عليها.

وفى جميع الاحوال إذا تمت القسمة دون تدخل من الدائنين فى إجراءاتها العامة، وذلك بإثبات توافر شروط الدعوى البوليصية، متى توافرت شروطها وبصفة خاصة شرط الغش. ويراعى انه إذا تمت القسمة دون تدخل من الدائنين وكانت القسمة إتفاقية، فليس للدائنين ان يطعنوا فيها الا بطريق الدعوى البوليصية.

(الحقوق العينية الأصلية – للدكتور توفيق حسن فرج – مطبعة ١٩٨٣ – ص٢٦٣ وما بعدها)

مادة (٨٤٣)

يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التى آلت إليه منذ أن تملك فى الشيوع وانه لم يملك غيرها شيئا فى بقية الحصص.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:

مادة ٨٤٧ ليبى و٧٩٧ سورى و١٠٧٥ عراقى و٩٤٦ لبنانى و٧٢٠ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

يراجع- لاحقا- التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد على نص المادة ٨٤٥ مدنى.

رأى الفقه:

١- يتبين من نص المادة ٨٤٣ مدنى ان القسمة، عندما تفرز نصيب كل شريك، يكون لها اثر رجعى، ذلك ان الشريك يعتبر مالكا وحده لهذا النصيب المفرز من وقت ان تملك فى الشيوع، فإذا كان قد تملك فى الشيوع بالشراء اعتبر مالكا للنصيب المفرز من وقت الشراء لا من وقت تمام القسمة، وإذا كان قد تملك فى الشيوع باعتباره شريكا فى مال الشركة بعد حلها اعتبر مالكا للنصيب المفرز من وقت حل الشركة لا من وقت تمام القسمة... وهكذا. فلا يعتبر الشريك انه قد تملك فى اى وقت اى مال آخر مفرز وقع فى نصيب اى شريك آخر، اى ان للقسمة اثرا كاشفا واثرا رجيعا اى ان القسمة لا تقتصر على الكشف عما يملكه الشريك مفرزا فى المال الشائع، بل انها ترجع ايضا بملكية الشريك لنصيبه المفرز الى الوقت الذى بدأ فيه الشيوع ولا تقف عند الوقت الذى تمت فيه القسمة.

ولا شك ان المادة ٨٤٣ مدنى، من ناحية القانون الوضعى، تقرر الاثر الكاشف للقسمة مصحوبا بالاثر الرجعى، وقد جاء كل ذلك على سبيل الافتراض والمجاز.

ومن اهم النتائج التى تترتب على الاثر الكاشف للقسمة:

١- سقوط التصرفات الصادرة من الشركاء غير الشريك الذى وقع فى نصيبه جزء مفرز.

٢- عدم إعتبار القسمة سببا صحيحا فى التقادم القصير.

٣- عدم ضرورة تسجيل القسمة فى العلاقة التى تقوم فيما بين المتقاسمين.

٤- ان القسمة عقد مساواة بين المتقاسمين وليست عقد مضاربة- ويترتب على ذلك:

(أ) ان الغبن الفاحش غير مسموح به فى القسمة، لأن غبن أحد المتقاسمين يخل بالمساواة.

(ب) انه لا يجوز استرداد المال المفرز الذى وقع فى نصيب أحد الشركاء بالقسمة إذا كان هذا المال متنازعا فيه.

(ج) ان ضمان التعرض والإستحقاق فى القسمة ينفرد ببعض أحكام خاصة تميزه عن ضمان التعرض والإستحقاق فى البيع (الوسيط – ٨ – للدكتور السنهوري – المرجع السابق – ص٩٥٤ وما بعدها).

٢– يترتب على القسمة ان يختص كل شريك بجزء مفرز من المال الشائع يعادل حصته فى هذا المال. ففى اثناء الشيوع يكون للشريك حصة شائعة فى المال الشائع كله، فإذا ما وقعت القسمة تركز حق الشريك فى جزء مفرز من هذا المال يخلص له دون غيره من الشركاء. ومن هذا كان الاثر الجوهرى للقسمة هو الافراز، وكانت القسمة على هذا النحو كاشفة لحق الشريك أو مقررة له.

ان حق الشريك المشتاع وان كان محددا تحديدا معنويا بحصته الشائعة، الا انه يرد من الناحية المادية على الشئ الشائع كله، ومن هذا كانت وظيفة القسمة هى تحقيق التطابق بين الحدود المعنوية والحدود المادية لحق الشريك وذلك بافراز جزء من الشئ الشائع تخلص ملكيته للشريك منذ بدء الشيوع، فهى لا تخول الشريك سندا جديدا، وانما سند حق الشريك هو السند الأصلى للملكية الشائعة.

وما دام ان القسمة بطبيعتها تصرف كاشف، فان اثرها الكاشف يقوم بالنسبة الى جميع الاشخاص، لا فرق فى ذلك بين المتقاسم والغير.

والعبرة فى إعتبار التصرف (تكييفه) من قبيل القسمة ان يكون التصرف ماديا الى اختصاص الشريك بمال مفرز كان شائعا من قبل، سواء شمل ذلك كل المال الشائع أو بعضه، وسواء تم ذلك بالنسبة الى كل الشركاء فى الشيوع أو الى بعضهم.

هذا، ويلاحظ انه لا سلطان للارادة فى تقرير الاثر الكاشف للتصرف أو استبعاده، ذلك ان الاثر الكاشف انما يستمد من طبيعة التصرف ذاته، كما انه لا يتصل فحسب بمصلحة المتقاسمين، بل يتصل كذلك بمصلحة الغير.

ان الذى يجعل القسمة ضرورية هو شيوع المال بين الشركاء، ومن هذا كان طبيعيا ان ترد القسمة على كل مال شائع، وان ينطبق بالتالى الاثر الكاشف على ما افرزته القسمة من هذا المال، سواء كان المال عقارا أو منقولا.

ويترتب على إعتبار القسمة كاشفة وليست ناقلة، حلول عملية، اهمها ما يلى:

١– ان التصرفات التى ينفرد أحد الشركاء بابرامها اثناء الشيوع على المال الشائع، لا تنفذ فى حق شريك آخر وقع هذا المال أو جزء منه فى نصيبه عند القسمة.

٢– ان القسمة لا تصلح سببا صحيحا للتمالك بالتقادم الخمسى (ذلك ان السبب الصحيح تصرف من شأنه ان ينقل الملكية أو الحق العينى الى الحائز باعتباره خلفا خاصا للمتصرف، أو انه كان صادرا من المالك أو صاحب الحق).

٣– ان مجرد حصول القسمة وقبل تمام التسجيل، يعتبر المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين الآخرين مالكا ملكية مفرزة للجزء الذى وقع فى نصيبه، ولكن لا يجوز الإحتجاج على الغير بهذه الملكية المفرزة الا بعد تسجيل القسمة، والغير هنا هو من تلقى عينيا على العقار الشائع وقام بشهره قبل تسجيل عقد القسمة. وقد شرع التسجيل لحماية الغير الذى يحتج عليه بالقسمة، فهى حماية مقررة لصالح الغير، ولكن ليست مفروضة عليه.

٤- انه ما دامت القسمة كاشفة للحق، فانه يجب ان يحصل المتقاسم على نصيب يعادل حصته الشائعة، تحقيقا للمساواة بين المتقاسمين.

(الملكية فى قوانين البلاد العربية – ٢ – المرجع السابق – للدكتور عبد المنعم الصده – ص٦٦ وما بعدها)

٣- يترتب على القسمة ان يختص كل شريك بجزء من المال الشائع فى حدود الحصة التى كانت له على الشيوع، وبذلك يحصل تطابق بين النطاق المادى والنطاق المعنوى للحق الذى تبت للشريك منذ تملك فى الشيوع، فبعد ان كانت له حصة شائعة تصير تلك الحصة جزءا محدودا مفرزا من المال الشائع، ولا يكون هذا الا نتيجة للقسمة.

ولهذا يقال ان القسمة لا تنتقل الى المتقاسم حقا جديدا لم يكن له من قبل، ولكنها تكشف عن حق مقرر له من قبل. فالقسمة، كما يقال، كاشفة للحق أو مقررة له، وليست منشئة. ويترتب على ذلك ان سند ملكية المتقاسم يكون هو السند الأصلى لملكيته فى الشيوع.

وإذا كانت القسمة لا تنتقل حقا جديدا الى المتقاسم، وانما تكشف عن حق ثابت من قبل، وإذا كان الافراز لا يتم الا بالقسمة، فان هذا هو ما يعبر عن الحقيقة. اما إذا قيل ان هذا الافراز يرجع الى ما قبل ذلك منذ قيام الشيوع، بمعنى ان المتقاسم كان يملك حصة مفرزة منذ بدء الشيوع، فان هذا يخالف الحقيقة. وهذا ما يعرف بالاثر الرجعى. وقد نصت المادة ٨٤٣ مدنى على هذا. ويفهم من ذلك ان المتقاسم كان مالكا ملكية مفرزة للجزء الذى آل إليه بالقسمة، فى حين انه قبل القسمة لم يكن فى الواقع مالكا ملكية مفرزة، بل كان يملك ملكية شائعة. ولكن المشرع يهدف من وراء الاخذ بفكرة الاثر الرجعى الا ان تصرفات الاخرين اثناء الشيوع والتى وردت على الحصة المفرزة التى آلت الى احدهم لا تسرى فى مواجهته.

هذا، ويراعى انه إذا وردت القسمة على عقار تسجيلها. وتختلف القسمة باعتبارها مقررة أو كاشفة للحق عن التصرفات التى يترتب عليها نقل الملكية كالبيع. اذ فى التصرفات الاخيرة لا تنتقل الملكية لا فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة الى الغير الا بالتسجيل انها لا تكون حجة على الغير فقط، لكن تترتب عليها آثارها فيما بين المتقاسمين، اى يعتبر المتقاسم مالكا للجزء المفرز الذى آل إليه، وذلك فيما بينه وبين غيره من المتقاسمين.

ويحتج بالقسمة على المتقاسمين دون تسجيل، وهذا هو الحكم فى ظل المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى (رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦).

(الحقوق العينية الأصلية – للدكتور توفيق حسن فرج – المرجع السابق – ص٢٦٦ وما بعدها)

٤- تتم قسمة المال الشائع عينا وهذا هو الأصل، وقد تتم بطريق التصفية إذا تعذرت قسمة المال الشائع عينا أو كان يترتب عليها نقص كبير فى قيمة المال المملوك على الشيوع. فإذا تمت القسمة عينا حصل كل من الشركاء على حصة مفرزة من المال الشائع معادلة لنصيبه، وان حصل على اقل منها عوض بمعدل عما نقص من حصته، وتخلص هذه الحصة المفرزة لكل من الشركاء خالية مما يكون قد رتبه

عليها شريك آخر من الشركاء الاخرين من تكاليف، اذ يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التى آلت منذ ان تملك فى الشيوع وانه لم يملك غيرها شيئا من بقية الحصص. فإذا كان سبب الشيوع- بمعنى الواقعة المنشئة له- هو وفاة المورث فبالقسمة يتحدد نصيب كل من الورثة مفرزا، ويعتبر كل منهم مالكا لهذا الجزء من وقت بدء الشيوع- وقت وفاة المورث- لا من الوقت الذى تتم فيه القسمة، وبذلك تخلص لكل من الشركاء حصته خالية مما يكون قد رتبه عليها غيره من الشركاء.

ولما كانت القسمة كاشفة للحق لا ناقله له، فان التصرفات الكاشفة لاتصلح سببا صحيحا لاكتساب الحقوق العينية الأصلية. فالسبب الصحيح هو التصرف القانونى الناقل للحق لو كان صادرا من المالك، ومن ثم فلا القسمة ولا الميراث يعتبران سببا صحيحا.

والقسمة ان كان محلها أموالا عقارية تنتج اثرها فيما بين المتقاسمين، بيد انه لا يحتج بها فى مواجهة الغير الا بالتسجيل، فيصبح كل شريك مالكا للحصة التى آلت إليه بطريق القسمة، وله ان يحتج بملكيته فى مواجهة الشركاء الآخرين، ولا يكون له مع ذلك الإحتجاج بها فى مواجهة الغير الا بالتسجيل، فإذا كانت القسمة غير مسجلة فللغير تجاهلها وله ان يعتبر الشئ لا زال مملوكا على الشيوع.

(الحقوق العينية الأصلية – للدكتور محمد علي عمران – المرجع السابق – ص٣٢٩ وما بعدها)

٥- ان كل متقاسم يعتبر مالكا للحصة المفرزة التى آلت إليه بعد التعيين والافراز، وانه لم يملك قط شيئا من الحصص الاخرى. فالقسمة على وجهة نظر القانون كاشفة لا منشئة أو ناقلة، اى ان الشريك يملك شيئا فى الملك المشاع منذ وجود حصة فيه، فإذا ما افرز هذا الشئ بالقسمة تعين انه هو ذلك الشئ الذى كان يملكه. ومن نتائج هذا انه يستطيع ايقاع العقد على حصته الشائعة اى يتصرف فيها متى شاء دون اذن شركائه ورضاهم.

(الملكية العقارية في العراق- للأستاذ حامد مصطفى – جزء ١ – ١٩٦٤ – ص١٣١)

من أحكام القضاء الحديثة:

١- القسمة تعتبر قانونا مقررة للحق لا منشئة له طبقا للمادة ٨٤٣ من القانون المدنى، وعلى هذا لا يصح ان تعتبر القسمة سببا صحيحا للتملك بالتقادم الخمسى، اذ يشترط فى السبب الصحيح ان يكون من شأنه نقل الملك- لا تقريره- لو انه صادر من المالك الحقيقى.

(جلسة ١٩٥٤/٤/٢٩ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٥ مدني – ص٨١٩)

٢- متى كان الحكم، اذ قرر ان القسمة مقررة لحق وليست منشئة له وتسجيلها غير لازم للإحتجاج به فيما بين المتعاقدين أو طرفى الخصومة فى دعوى القسمة وان كان واجبا بالنسبة الى الغير وهم من لهم حقوق عينية على العقار محل القسمة وليس من بينهم المستأجر، لأنه صاحب حق شخصى، فان هذا الذى قرره لا خطأ فيه ويتفق مع المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦.

(نقض – جلسة ١٩٥٥/١١/٢ – المرجع السابق – السنة ٦ – ص١٤٢٣)

٣- للشريك على الشيوع فى عدة عقارات ان يبيع حصته شائعة فى بعض العقارات، وإذا سجل المشترى عقده انتقلت إليه حصة البائع فى هذا البعض من العقارات شائعة، ويصبح المشترى دون الشريك البائع هو صاحب الشأن فى القسمة التى تجرى بخصوص هذه الاعيان اتفاقا أو قضاء، فإذا تجاهله شركاؤه واجروا قسمة هذه الاعيان مع الشريك الذى باع نصيبه بعقد مسجل، فلا يجوز الإحتجاج بهذه القسمة على المشترى الذى سجل عقده قبل تسجيل عقد القسمة، ولا يغير من ذلك ان يكون الشريك قد باع اكثر من نصيبه فى بعض العقارات المشتركة، وذلك لأن البيع يعتبر صحيحا نافذا فى القدر الذى يملكه البائع، والمشترى دون البائع هو الذى يستطيع التحدث عن هذا القدر إذا ما اراد الشركاء قسمة العقارات المشتركة.

(نقض – جلسة ١٩٥٥/١٠/٢٠ – المرجع السابق – السنة ٦ – ص١٣٧٥)

٤- المادة ١٠ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ الخاص بالشهر العقارى اذ تنص على ان: " جميع التصرفات والأحكام النهائية المقررة لحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية يجب كذلك تسجيلها ويترتب على عدم التسجيل ان هذه الحقوق لا تكون حجة على الغير- ويسرى هذا الحكم على القسمة العقارية ولو كان محلها أموالا موروثة " فان مؤدى ذلك انه يجوز للغير إعتبار حالة الشيوع لا تزال قائمة طالما ان عقد القسمة أو الحكم المقرر لها لم يسجل، واذ كان التسجيل فى هذه الحالة قد شرع لفائدة الغير وصونا لحقه، فانه يكون له ان يرتضى القسمة التى تمت ويعتبر بذلك متنازلا عن هذا الحق الذى شرع لفائدته.

(نقض – جلسة ١٩٥٩/١/١٥ – المرجع السابق – السنة ١٠ – ص٤٣)

٥- مؤدى المادة العاشرة من قانون الشهر القارى انه بمجرد حصول القسمة وقبل تسجيلها يعتبر المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين الآخرين مالكا ملكية مفرزة للجزء الذى وقع فى نصيبه دون غيره من أجزاء العقار المقسم، وانه لا يحتج بهذه الملكية المفرزة على الغير الا إذا سجلت القسمة.

(نقض – جلسة ١٩٦٤/٤/٢ – المرجع السابق – السنة ١٥ ص٥٠٣)

٦- متى كان المطعون عليهم قد رفعوا الدعوى بطلب ريع ثلاثة افدنة شائعة فى اثنى عشر فدانا، فان مفاد ذلك ان مطالبتهم انصبت على ريع حصتهم فى مجموع العقار الشائع، وذلك اثناء قيام حالة الشيوع وفى حق كل من يثبت انه كان منتفعا بهذه الحصة وبنسبة هذا الإنتفاع.

ان الثمار التى تنتج من المال الشائع اثناء قيام الشيوع من حق الشركاء جميعا بنسبة حصة كل منهم وإجراء القسمة بعد ذلك لا يجعل للمتقاسم حقا فى الاستئثار بثمار الحصة التى خصصت له الا من وقت حصول القسمة، ولا يقدح فى ذلك ما قضت به المادة ٨٤٣ من القانون المدنى من إعتبار المتقاسم مالكا للحصة التى آلت إليه منذ ان تملك فى الشيوع، ذلك ان علة تقرير هذا الاثر الرجعى للقسمة هو حماية المتقاسم من الحقوق التى يرتبها غيره من الشركاء على المال الشائع اثناء قيام الشيوع بحيث يخلص لكل متقاسم نصيبه المفرز الذى خصص له فى القسمة مطهرا من هذه

الحقوق، ويجب قصر اعمال الاثر الرجعى للقسمة فى هذا النطاق واستبعاده فى جميع الحالات التى لا يكون الأمر فيها متعلقا بحماية المتقاسم من تصرفات شركائه الصادرة قبل القسمة.

(نقض – جلسة ١٩٦٥/١١/٢٥ – المرجع السابق – السنة ١٦ ص١١٤٥)

٧– مؤدى نص المادة العاشرة من قانون الشهر العقارى انه بمجرد حصول القسمة وقبل تسجيلها يعتبر المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين الآخرين مالكا ملكية مفرزة للجزء الذى وقع فى نصيبه دون غيره من أجزاء العقار المقسم وانه لا يحتج بهذه الملكية المفرزة على الغير الا إذا سجلت القسمة.

ان الغير فى حكم المادة العاشرة من قانون الشهر العقارى هو من تلقى حقا عينيا على العقار على أساس انه ما زال مملوكا على الشيوع، وقام بتسجيله قبل تسجيل سند القسمة، واما من تلقى من أحد الشركاء حقا مفرزا فانه لا يعتبر غير ولو سبق الى تسجيل حقه قبل ان تسجل القسمة، اذ ان حقه فى الجزء المفرز الذى انصب عليه التصرف يتوقف مصيره على النتيجة التى تنتهى إليها القسمة، وذلك لما هو مقرر بالمادة ٢/٨٢٦ من القانون المدنى من ان التصرف إذا انصب على جزء مفرز من المال الشائع، ولم يقع هذا الجزء عند القسمة فى نصيب المتصرف انتقل حق التصرف إليه من وقت التصرف الى الجزء الذى اختص به المتصرف بموجب القسمة، مما مفاده ان القسمة غير المسجلة يحتج بها على من اشترى فى شأن المتقاسمين من انهاء حالة الشيوع، وإعتبار كل متقاسم مالكا الجزء المفرز الذى وقع فى نصيبه بموجب القسمة، ومن ثم فانه لا يكون لمن اشترى جزءا مفرزا لم يقع فى نصيب البائع له بموجب القسمة ان يطلب الحكم بصحة عقد البيع بالنسبة الى ذلك الجزء ذاته، طالما ان القسمة وان كانت لم تسجل تعتبر حجة عليه، وترتب انتقال حقه من الجزء المفرز المعقود عليه الى النصيب الذى اختص به البائع بموجب تلك القسمة.

(نقض – جلسة ١٩٧٥/١/٣٠ – المرجع السابق – السنة ٢٦ ص٣٠١)

٨– لما كان يترتب على قسمة المال الشائع افراز حصة الشريك فيه بأثر كاشف للحق لا منشئ له وفق ما تقرره المادة ٨٤٣ من التقنين المدنى، فيعتبر المتقاسم مالكا للحصة التى آلت إليه منذ ان تملك على الشيوع وانه لا يملك غيرها فى بقية الحصص، وان تسجيل القسمة غير لازم فى العلاقة بين المتقاسمين على ما ينص عليه قانون الشهر العقارى، ويعتبر كل متقاسم فى علاقته بزملائه المتقاسمين الآخرين مالكا ملكية مفرزة لنصيبه بالقسمة ولو لم تسجل على خلاف الغير الذى لا يحتج عليه بها الا بتسجيلها، ولما كان الحكم المطعون فيه لم يعن بالرد على ما تمسك به الطاعن بشأن حصول قسمة فعلية لأطيان المورث الأصلى ولم تقع اطيان النزاع ولا جزء منها ضمن ما اختص به مورث المطعون ضده الثانى مع كونه دفاعا جوهريا كان يتعدى التصدى له ومناقشته، اذ لو ثبت القسمة لكان من الجائز ان يتغير وجه الرأى فى الدعوى، فانه يكون مشوبا بالقصور.

من المقرر ان الملكية لا تنتقل الا بالتسجيل وان المشترى لا يجاب الى طلب الحكم بصحة عقده الا إذا كان انتقال الملكية إليه ممكنا وهو فى حالة عدم تسجيل العقود الصادرة لمن باع له غير ممكن.

(نقض – جلسة ١٩٧٥/١١/٢٤ –المرجع السابق – السنة ٢٦ – ص١٤٦٥)

٩– ان المادة ٨٤٣ من القانون المدنى إذا نصت على ان يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التى آلت إليه منذ ان تملك فى الشيوع وان لم يملك غيرها شيئا فى بقية الحصص، فقد دلت على ان القسمة مفرزة أو كاشفة للحق سواء أكانت عقدا أو قسمة قضائية لها أثر رجعى، فيعتبر المتقاسم مالكا للحصة التى آلت إليه منذ ان تملك فى الشيوع وانه لم يمتلك غيرها فى بقية الحصص، وذلك حماية المتقاسم من الحقوق فى الشيوع وانه لم يمتلك غيرها فى بقية الحصص، وذلك حماية للمتقاسم من الحقوق التى يرتبها غيره من الشركاء على المال الشائع، اثياء قيام الشيوع بحيث يخلص لكل متقاسم نصيبه المفرز العقود الكاشفة فتثبت الملكية بمقتضاها فيما بين المتعاقدين بالعقد الذى خصص له فى القسمة مطهرا من هذه الحقوق وبوصفها من ذاته ولو لم يكن مسجلا.

(نقض – جلسة ١٩٧٩/١٢/١١ – الطعن رقم ٦٢ لسنة ٤٦ القضائية)

١٠– قسمة العقار الشائع حجة على المتقاسمين ولو لم يسجل العقد. عدم جواز الإحتجاج بها على الغير الا بعد تسجيلها.

(نقض – جلسة ١٩٨٠/٢/١٢ – الطعن رقم ٥٩١ لسنة ٤١ القضائية)

١١– مؤدى نص المادة العاشرة من قانون الشهر العقاري وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أنه بمجرد حصول القسمة وقبل تسجيلها يعتبر بالمتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين الآخرين مالكا ملية مفرزة للجزء الذى وقع في نصيبه دون غيره ولو لم تسجل القسمة وأنه لا يحتج بهذه الملكية المفرزة على الغير إلا إذا سجلت القسمة.

(الطعن ٢٠٣ لسنة ٦١ق جلسة ١٩٩٣/١١/٢٤ لم ينشر بعد)

١٢– يعتبر المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين الآخرين مالكاً ملكية مفرزة للجزء الذى وقع في نصيبه دون غيره ولو لم تسجل القسمة بهذه الملكية على الغير إلا إذا سجلت القسمة.

(الطعنان رقما ١٣٠٩ و١٤٤٨ لسنة ٦٤ق جلسة ١٩٩٥/١/٣١ س٤٦ ص٢٩٧)

١٣– القسمة غير المسجلة. أثرها. إعتبار المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين الآخرين مالكاً ملكية مفرزة للجزء الذى وقع في نصيبه. عدم الإحتجاج بهذه الملكية على الغير إلا إذا سجلت القسمة. مؤدى ذلك.

مؤدى المادة العاشرة من قانون الشهر العقاري – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أنه بمجرد حصول القسمة وقبل تسجيلها يعتبر المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين الآخرين مالكاً ملكية مفرزة للجزء الذى وقع في نصيبه دون غيره من أجزاء العقار المقسم، ولا يحتج بهذه الملكية المفرزة على الغير إلا إذا سجلت القسمة

ومن ثم فإن عدم تسجيل عقد القسمة لا يحول دون الإحتجاج بها على من كان طرفاً فيها.

(الطعن ٢٧٤٨ لسنة ٦٤ق جلسة ١٩٩٥/٦/٢٨ س٤٦ ص٩٣٦)

١٤- القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ بإلغاء نظام الوقف علي غير الخيرات، المادة ٨٤٣ من القانون المدني – بمقتضى القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ ألغى نظام الوقف الأهلي – أثر ذلك – أيلولة ملكية تلك الأراضي للمستحقين كل بقدر حصته – خضوع هذه الأراضي لحكم تحديد الملكية – الإستيلاء علي ما زاد منها علي النصاب القانوني – القسمة لا تعتبر سند تمليك وإنما سند الشريك في الوقف هو السند الأصلي للملكية الشائعة – أساس ذلك – القسمة كاشفة للحق وليست ناقلة له – تطبيق.

(الطعن رقم ٣٦٥٨ ـ لسنة ٤٢ ق ـ تاريخ الجلسة ١٣ / ٠٣ / ٢٠٠١)

* * *

obeikan.com

مـــادة (٨٤٤)

(١) يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض أو إستحقاق لسبب سابق على القسمة، ويكون كل منهم ملزما بنسبة حصته ان يعوض مستحق الضمان، على ان تكون العبره فى تقدير الشئ بقيمته وقت القسمة. فإذا كان أحد المتقاسمين معسراً، وزع القدر الذى يلزمه على مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين.

(٢) غير انه لا محل للضمان إذا كان هناك إتفاق صريح يقضى بالاعفاء منه فى الحالة الخاصة التى نشأ عنها، ويمتنع الضمان ايضا إذا كان الإستحقاق راجعا الى خطأ المتقاسم نفسه.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٨٤٨ ليبى و٩٧٨ سورى و١٠٧٦ عراقى و٩٤٨ لبنانى و٧٢١ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

يراجع- لاحقا- التعليق بالأعمال التحضيرية الماورد على نص المادة ٨٤٥ مدنى.

رأى الفقه:

١ - تبين من نص المادة ٨٤٤ مدنى مصرى ان كل متقاسم يضمن للمتقاسمين الآخرين ما يقع لهم من تعرض أو إستحقاق فى المال المفرز الذى وقع فى نصيبهم نتيجة للقسمة.

ويجب الضمان فى كل قسمة، إتفاقية كانت أو قضائية، عينية أو قسمة تصفية، بمعدل أو بغير بمعدل، صريحة أو فعلية. ويمتد الضمان للتصرفات المعادلة للقسمة.

الشروط الواجب توافرها لقيام ضمان التعرض والإستحقاق فى القسمة:

١- وقوع تعرض أو إستحقاق، من الغير لا من أحد المتقاسمين، وهو ما نصت عليه المادة ٨٤٤ مدنى. فالمتقاسم- اذن- يجب ان يمتنع عن التعرض المادى لمتقاسم آخر، وهو ما يقتضيه مبدأ حسن النية فى تحديد مضمون العقد وتنفيذه (م ١٤٨ مدنى مصرى) اما إذا كان تعرض المتقاسم مبنيا على سبب قانونى، فلا يمنعه من ذلك إلتزام بالضمان. اما التعرض المادى الذى يقع من الغير ويوجب ضمان الإستحقاق هو التعرض المادى لأن المتقاسم لا يضمنه، وانما هو التعرض المبنى على سبب قانونى، سواء ارفعت من الغير دعوى بالفعل، ام سلم المتقاسم له بحقه على ما يدعيه.

٢- ان يكون الحق الذى يدعيه الغير سابقا على القسمة- وفقا لصريح الفقرة الأولى من المادة ٨٤٤ مدنى مصرى. فإذا كان سبب الإستحقاق تاليا للقسمة لا قبلها، فلا ضمان.

٣ – عدم رجوع الإستحقاق الى خطأ المتقاسم نفسه– كما تقضى العبارة الاخيرة من الفقرة الاخيرة من المادة ٨٤٤ مدنى مصرى، كأن يهمل المتقاسم فى قطع مدة حيازة الحائز لعين وقعت فى نصيبه حتى اكتملت مدة التقادم، واصبحت العين مملوكة للحائز، أو إذا تولى وحده الدفاع فى دعوى الإستحقاق دون ان يدخل المتقاسمين فيها واهمل التمسك بدفع كان يؤدى الى رفضها، أو انه لم يدخلهم وأقر بالحق للغير أو انتهج سبيلا للدفاع ادى الى خسارته للدعوى إذا أثبت المتقاسمون الآخرون ان الغير لم يكن على حق فى دعواه. ففى مثل هذه الفروض يفقد المتقاسم حقه فى الضمان.

٤ – عدم وجود شرط يعفى من الضمان– وان يكون شرط الاعفاء صريحا فلا يكفى الشرط الضمنى، وان يذكر فى شرط الاعفاء سبب الإستحقاق بالذات المراد الاعفاء من ضمانه، وذلك كله تحقيقا للمساواة بين المتقاسمين. وليس من الضرورى ان يرد الشرط الصريح بالاعفاء من الضمان فى سند القسمة ذاته، بل يصح ان يكون فى ورقة مستقلة أو فى مكاتبات متبادلة بين المتقاسمين.

الأثار التى تترتب على تحقق الضمان:

المتقاسم كالبائع يرجع بالتعويض على المتقاسمين، إذا استحقت العين التى وقعت فى نصيبه، فى أحد الاحوال التالية:

١– إذا اخطر المتقاسم المتقاسمين الاخرين بدعوى الإستحقاق، فلم يتدخل المتقاسمون، ولكنهم لم يفلحوا فى دفع دعوى المتعرض.

٢– إذا اخطر المتقاسم المتقاسمين الاخرين بدعوى الإستحقاق، فلم يتدخل المتقاسمون فى الدعوى، وحكم للمتعرض، ولم يستطع المتقاسمون إثبات تدليس المتقاسم الدائن بالضمان أو خطأه الجسيم.

٣– إذا اخطر المتقاسم المتقاسمين الاخرين بدعوى الإستحقاق، فلم يتدخل المتقاسمين فى الدعوى، وأقر المتقاسم الدائن بالضمان بحق المتعرض أو تصالح معه، ولم يستطع المتقاسمون الاخرون إثبات ان المتعرض لم يكن على حق فى دعواه.

٤– إذا لم يخطر المتقاسم المتقاسمين الاخرين بدعوى الإستحقاق، وحكم للمتعرض، ولم يثبت المتقاسمون الاخرون أن تدخلهم فى الدعوى كان يؤدى الى رفضها.

٥– إذا سلم المتقاسم للمتعرض بحقه دون دعوى يرفعها المتعرض، ولم يثبت المتقاسمون الاخرون ان المتعرض لم يكن على حق فى دعواه.

(الوسيط – ٨ – للدكتور السنهوري – المرجع السابق – ص٩٧١ وما بعدها)

٢– بمقتضى المواد ٨٤٤ مدنى مصرى والمواد العربية المقابلة (م ٧٩٨ مدنى سورى و٨٤٨ مدنى ليبى و١/١٠٧٦ مدنى عراقى و٩٤٨ لبنانى و٧٢١ مدنى سودانى) يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع لأحدهم من تعرض أو إستحقاق فى شأن نصيبه بسبب سابق على القسمة. وهذا الضمان يتقرر عادة فى خصوص التصرف الناقل للحق. كما هو شأن البيع. ومع ذلك فان هذا الضمان له ما يبرره خلفا للاخرين. ذلك انه يقوم فى القسمة على مبدأ هام وضرورى، وهو تحقيق المساواة بين

المتقاسيمن. فلو ان المتقاسم اختص بعين معينة، ثم حكم لأجنبى بملكية هذه العين كلها أو بعضها أو بحق عينى عليها، كان معنى ذلك ان المتقاسم لم يحصل على نصيبه، أو انه قد حصل على جزء منه فحسب بينما حصل المتقاسمون الاخرون على اكثر من انصبائهم التى يستحقونها.

ويشمل الضمان التعرض والإستحقاق، ويتحقق التعرض إذا ادعى اجنبى ملكية العين التى آلت الى المتقاسم كلها أو بعضها أو ادعى حقا عينيا آخر عليها. اما الإستحقاق فيتم إذا حكم لهذا الاجنبى بما يدعيه.

ولا يشمل الضمان العيوب الخفية، ذلك ان وجود عيب خفى معناه ان النصيب الذى آل الى المتقاسم قد قوم بأكثر من قيمته، وهذا يكفى فى شأنه ما هو مقرر من جواز نقض القسمة الإتفاقية بسبب الغبن. غير ان هذا المحل لا يصدق الا فى القانون المصرى والقانون السورى والقانون الليبى. اما فى القانون اللبنانى فيشمل الضمان العيوب الخفية فضلا عن التعرض والإستحقاق، وذلك لأن النص جاء عاما لا تخصيص فيه لنوع من الضمان دون غيره.

وإذا انفرد فريق من الشركاء باقتسام المال الشائع كله فيما بينهم، فاغفلوا بذلك نصيب شريك آخر أو اكثر، فان المسألة فى هذه الحالة لا تكون مسألة ضمان يلتزم به الشركاء المتقاسمون نحو الشريك الذى اغفل نصيبه، وانما تكون القسمة حينئذ باطلة بطلانا مطلقا.

(الملكية في قوانين البلاد العربية – ٢ الملكية الشائعة – للدكتور عبد المنعم فرج الصده – المرجع السابق – ص٨٤ وما بعدها)

٣ – يحصل كل من الشركاء المشتاعين على حصة مفرزة بموجب القسمة، وهذا هو الغرض من القسمة. ويجب ان يكون هذا الجزء معادلا لنصيبه، فان قل عن ذلك عوض هذا الشريك بمعدل نقدى. فإذا تعرض متقاسم لآخر بعد القسمة. أو تعرض الغير لأحد المتقاسمين لسبب سابق على القسمة، وترتب على هذا التعرض إستحقاق جزء مما آل الى أحد الشركاء المتقاسمين بطريق القسمة. ففى هذا اخلال بمبدأ المساواة التى يجب ان يسود بين الشركاء المتقاسمين.

إذا حدث لأحد الشركاء تعرضا واستحقت الحصة التى آلت إليه بطريق القسمة، ولم يستطع باقى الشركاء دفع التعرض عنه، فان هؤلاء الشركاء يكونون قد اخلوا بالتزاماتهم بضمان التعرض، ويتعين عليهم تعويض المتقاسم الذى استحق نصيبه.

(الحقوق العينية الأصلية – للدكتور محمد على عمران – المرجع السابق – ص٣٣٥ وما بعدها)

٤ – يضمن المتقاسمون لبعضهم البعض ما قد يقع من تصرف أو إستحقاق ويفسر الضمان بين المتقاسمين على أساس ضرورة تحقيق المساواة فيما بينهم، من حيث استلزام حصول كل منهم على ما يوازى الحصة التى كانت له فى الشيوع، فإذا ثبت ان شخصا من الغير تعرض لأحد المتقاسمين وحكم له بملكية العين التى وقعت فى نصيب هذا المتقاسم كلها أو بعضها، كان معنى ذلك ان المتقاسم لم يتلق شيئا أو تلقى حقه ناقصا. ومن هنا يقع الضمان على الباقين، اذ ليس من العدالة ان يأخذ باقى المتقاسمين حقوقهم كاملة، ويحرم احدهم من كل حقه أو بعضه.

ويقتصر ضمان التعرض على التعرض القانونى، وعلى الإستحقاق، فلا يشمل العيوب الخفية كما هو الشان فى حالة البيع. ولهذا ما يبرره، اذ فى حالة البيع لا يجبر المشترى على قبول مبيع معيب، اما فى حالة القسمة فانه إذا كان الشئ معيبا ووقع فى نصيب المتقاسم، فلا يكون له ان يرجع بالضمان، لأنه لا محالة من وقوعه فى نصيب أحد الشركاء، ومع ذلك إذا اكتشف المتقاسم العيب فيما آل من نصيب، فان هذا يدل على غبن لحقه، وبالتالى تطبق أحكام الغبن إذا توافرت شروطه طبقا لما يقضى به القانون فى شأن القسمة.

ويشترط لقيام الضمان ان يكون التعرض أو الإستحقاق لسبب سابق على القسمة، كما إذا استحقت العين التى آلت الى أحد المتقاسمين على أساس اكتساب الغير بالتقادم الذى توافرت شروطه قبل القسمة، أو إذا كان الغير قد اشترها قبل القسمة بعقد صحيح.

فإذا ما تحقق هذا إلتزام المتقاسمون الاخرون بالضمان، ويكون كل منهم ملزما بنسبة حصته قبل مستحق الضمان، والعبرة فى تقدير الشئ بحسب قيمته وقت القسمة، فإذا كان أحد المتقاسمين معسرا وزع القدر الذى يلزمه على مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين وذلك بمقدار نصيب كل منهم، وفى القانون المصرى يتقرر لمستحق الضمان حق امتياز على انصبة المتقاسمين الاخرين طبقا لأحكام المادة ١١٤٩ مدنى التى تجعل للشركاء الذين اقتسموا عقارا حق إمتياز لما تخوله القسمة من حق رجوع كل منهم على الاخرين، ومع ذلك لا محل للضمان فى حالتين هما حالة الإتفاق، وحالة ما إذا كان الإستحقاق راجعا الى خطأ المتقاسم نفسه.

(ا) ففى حالة الإتفاق ينص القانون المدنى على انه لا محل للضمان إذا كان هناك إتفاق صريح يقضى بالاعفاء منه فى الحالة الخاصة التى نشأ عنها. فيلزم فى هذه الحالة ان يكون الإتفاق صريحا، وهذا بخلاف الإتفاق على الاعفاء من الضمان فى حالة البيع اذ يكون الإتفاق صريحا أو يستنتج من الظروف. ومن ناحية اخرى يلزم ان يكون شرط الاعفاء خاصا يتفق فيه على الاعفاء من ضمان سبب معين من اسباب الإستحقاق، وبذلك يقتصر الاعفاء عليه فقط. وهذا بخلاف البيع اذ الإتفاق على عدم الضمان يجوز للبائع ان يسقط الضمان عن نفسه بشرط عام.

(ب) وينص القانون كذلك على ان يمتنع الضمان ايضا إذا كان الإستحقاق راجعا الى خطأ المتقاسم نفسه، من ذلك مثلا حالة ما إذا اهمل المتقاسم فى قطع التقادم، أو إذا ادعى الغير بحق سابق على القسمة، فأقر له المتقاسم بما يدعيه رغم عدم صحة دعواه.

(**الحقوق العينية الأصلية – للدكتور العميد توفيق حسن فرج – المرجع السابق – ص٢٦٩ وما بعدها**)

٥– قد تنتهى القسمة وينال كل شريك نصيبه منها، ثم يعرض ان يظهر مستحق لحصة أحد الشركاء، وذلك يقع فى الحصص العينية، فيأخذه فتفرغ يد هذا الشريك من الحق الذى له فى الملك المقسوم. وعلاجا لحالة الإستحقاق هذه وضع المشرع العراقى نص المادة ١٠٧٦ مدنى فجعل بها للشريك الذى إستحقت حصته حق الرجوع على الشركاء الاخرين بما يصيبهم بحسب حصصهم من قيمة الحصة المستحقة التى تقدر

بقيمتها وقت القسمة. ومثل ذلك يقال إذا كان من استحقت حصته اكثر من وأحد. وعلى هذا يكون القانون قد قرر للشريك ضمانا لحصته على حصص الشركاء الاخرين، فحصته مضمونة بحصصهم على الوجه العادل، بحيث يقال ان ما تقع عليه القسمة هو الملك المشاع الباقى بعد الإستحقاق.

وإذا ترتب للشريك ضمان على شركائه بسبب الإستحقاق وكان احدهم معسرا قسم ما يصيب هذا من الضمان على جميع الشركاء الاخرين ومنهم المستحقة حصته، فيدفعون ما يصيب هذا اضافة الى ما يصيب حصصهم من المساهمة فى الضمان. فكأن الشركاء ضامن بعضهم لبعض ضمانا مضاعفا هو ضمان الحصة المستحقة ثم ضمان ما يصيب المعسر منهم من هذا الضمان، ولهم الرجوع عليه بما ضمنوا عنه إذا أيسر.

ويشترط لإستحقاق الشريك ضمان حصته المستحقة ما يشترط فى ضمان الإستحقاق العادى، ومن ذلك ان يكون سبب الإستحقاق قد نشأ زمن الشيوع لا بعد القسمة اى ان الإستحقاق لم يقع على ملكية الشريك للحصة التى إصابته بالقسمة وان يكون الإستحقاق ثابتا بالبينة المقبولة قانونا، لهذا لا يكون للشريك ضمان على حصص الشركاء الاخرين إذا كان قد سلم بمجرد الادعاء بالإستحقاق أو كان سبب الزامه هو الإقرار على ما هو مفصل فى دعوى الإستحقاق، وعليه الى جانب ذلك ان يخطرهم بالإستحقاق والدخول فى الدعوى، ولكنهم يتخلصون من الضمان إذا أثبتوا ان دعوى الإستحقاق كانت تواطؤا أو غشا من الشريك أو كان هناك شرط صريح باسقاط حق الضمان إذا كانت القسمة رضائية.

وللشريك الذى استحقت حصته إمتياز على حصص شركائه الضامنه لحصته وعلى معدل القسمة، فكأن هذه الحصص والمعدل ان وجد رهن لضمان الإستحقاق.

(الملكية العقارية في العراق – للأستاذ حامد مصطفى – جزء ١ – ص١٣٤ وما بعدها)

من أحكام القضاء الحديثة:

١– لا يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض أو إستحقاق الا فيما كان منهما لسبب سابق على القسمة، فيمتنع الضمان إذا كان التعرض أو الإستحقاق لسبب لاحق للقسمة.

(نقض – جلسة ١٩٦٢/٤/٢٦ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ١٣ – ص٥٠٦)

٢– مفاد نص المادة ٢/٨٤٤ مدنى انه لا محل للضمان فى القسمة إذا وجد شرط صريح فى العقد يقضى بالإعفاء من الضمان وذكر فى هذا الشرط سبب الإستحقاق بالذات المراد من ضمانه.

(نقض – جلسة ١٩٧٥/٤/١ – المرجع السابق – السنة ٢٦ – ص٧٢٨)

٣– وحيث أن مما ينعاه الطاعن على الحكم المطعون فيه القصور في التسبيب. وفى بيان ذلك يقول أنه تمسك أمام محكمة الموضوع بأن المتقاسمين يضمنون بعضهم البعض فيما يقع من إستحقاق إذا كان لسبب سابق على التسبيب مفاد بنص المادة ٨٤٤ من القانون المدنى، إلا أن الحكم المطعون فيه لم يرد على هذا الدفاع مع أنه دفاع

جوهري من شأنه لو صح أن يغير وجه الرأي في الدعوى وألزمه وحده دون باقى المتقاسمين بقيمة العجز الحأصل بسبب نزع الملكية في تاريخ سابق على تاريخ القسمة بما يعيبه ويستوجب نقضه.

(الطعنان ١٣٥١، ٢٠٥١ س٦٢ق جلسة ١٩٩٩/٤/٦ لم ينشر بعد)

٤- وحيث إن هذا النعى فى محله، ذلك أن المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه وفقاً للمادة ٨٤٣ من القانون المدني يترتب على صدور حكم القسمة أن يعتبر المتقاسم مالكاً للحصة التى آلت إليه منذ أن تملك في الشيوع وأنه لم يملك غيرها في بقية الحصص، وأن ما يقضى به حكم القسمة ملزم لكافة الشركاء المتقاسمين الذين كانوا طرفاً في دعوى القسمة بما حدده من نصيب لكل منهم، وأن المتقاسمين – وفقاً للمادة ٨٤٤ من القانون ذاته يضمنون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض أو إستحقاق لسبب سابق على القسمة، فيمتنع على كل متقاسم التعرض لأى من المتقاسمين معه في الإنتفاع بالجزء الذى آل إليه بموجب القسمة أو منازعته فيه. لما كان ذلك وكان الثابت في الأوراق – وحصله الحكم المطعون فيه – أن حكم القسمة الصادر فى الدعوى ١٧٦٥ لسنة ١٩٦٩ مدنى جزئى عابدين قد شمل قطعة الأرض المتنازع عليها، وقضى بإختصاص مورث الطاعن بها، وأن المطعون ضده الأول كان مختصماً في تلك الدعوى، فإن الحكم يكون حجة عليه، ولا تجوز له العودة إلى الإدعاء بأنه ومورثه تملكا الأرض بوضع اليد المدة الطويلة المكسبة للملكية لأن واقعة الحيازة تلك سابقة على صدور حكم القسمة وقد حسمها ذلك الحكم. وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى برفض دعوى الطاعن وبثبوت ملكية المطعون ضده المذكور لقطعة الأرض موضوع النزاع بوضع اليد المدة الطويلة المكسبة للملكية، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه مما يوجب نقضه لهذين السببين دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن.

(الطعن ٢٤١ لسنة ٦٤ق جلسة ٢٠٠٣/٣/١١ لم ينشر بعد)

* * *

مادة (٨٤٥)

(١) يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضى إذا أثبت أحد المتقاسمين انه قد لحقه منها غبن يزيد على الخمس، على ان، تكون العبرة فى التقدير بقيمة الشئ وقت القسمة.

(٢) ويجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة، وللمدعى عليه أن يقف سيرها ويمنع القسمة من جديد إذا اكمل للمدعى نقدا أو عينا ما نقص من حصته.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٨٤٩ ليبى و٧٩٩ سورى و١٠٧٧ عراقى و٩٤٧ و٩٤٨ لبنانى.

الأعمال التحضيرية:

١- القسمة سواء كانت عقدا أو قسمة قضائية، وسواء كانت القسمة القضائية قسمة عينية أو قسمة تصفية يترتب عليها اثران:

(أ) يكون لها اثر رجعى، فيعتبر المتقاسم مالكا للحصة التى آلت إليه منذ ان تملك فى الشيوع، وانه لم يملك غيرها شيئا فى بقية الحصص (قارن م ٥٥٥ من التقنين المختلط وهى تنص على ان القسمة منشئة كالبيع). ومن اجل هذا الاثر الرجعى نتائج كثيرة معروفة، اهمها ان تصرفات الشريك فى جزء مفرز يوقف اثرها حتى تعرف نتيجة القسمة.

(ب) يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما يقع من تعرض أو إستحقاق لنصيب سابق على القسمة. ويكون كل من الشركاء ملزما لمستحق الضمان بنسبة حصته (بما فى ذلك حصة مستحق الضمان نفسه). ويقدر الشئ بقيمته وقت القسمة، وتوزع حصة المعسر على جميع المتقاسمين الموسرين. ولا محل للضمان إذا كان هناك شرط صريح فى سند القسمة يقضى بالاعفاء من الضمان فى الحالة الخاصة التى نشأ عنها هذا الضمان. ويسقط الضمان كذلك إذا كان سببه راجعا الى خطأ المتقاسم كأن اهمل فى قطع التقدم.

٢- وفى قسمة التراضى وحدها (اى إذا كانت القسمة عقد) يجوز نقض القسمة للغبن فيما يزيد على الربع، ويقدر الشئ بقيمته وقت القسمة، وترفع دعوى الغبن فى خلال السنة التالية للقسمة. ويجوز وقف الدعوى إذا اكمل المدعى نقدا أو عينا ما نقص من حصته. اما القسمة القضائية فلا تقبل فيها دعوى الغبن لأن المفروض فى هذه القسمة ان كل الاحتياطات قد اتخذت لمنع الغبن.

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى – الجزء السادس – ص١٢٨)

رأى الفقه:

١- يلاحظ ان نقض القسمة للغبن مقصور على القسمة الإتفاقية، اما القسمة القضائية فلا يجوز الطعن فيها، اذ المفروض ان هذه القسمة قد احيطت بالضمانات

الواجبة التى يكون من شأنها رفع الغبن عن المتقاسمين وكفالة المساواة فيما بينهم. ويخالف القانون المدنى الفرنسى القانون المدنى المصرى فى ذلك. فالتقنين الفرنسى يبيح نقض القسمة للغبن ولو كانت قسمة قضائية.

وإذا وقع فى القسمة غبن بالمقدار الذى حدده القانون، فهذا فى ذاته عيب يجعل عقد القسمة قابلا للنقض اى قابلا للإبطال. وليس من الضرورى ان يصحب الغبن تدليس أو غلط، كما انه ليس من الضرورى ان يكون الغبن نتيجة لإستغلال طيش بين أو جامح فى الشريك المغبون. فالغبن وحده كاف لجعل عقد القسمة قابلا للإبطال بناء على طلب الشريك المغبون. ومع ذلك يجوز له اجازة عقد القسمة صراحة أو ضمنا. والغالب فى العمل ان يقع الغبن للغلط إذا توافرت شروطه وكذلك يكون قابلا للنقض إذا توافرت شروط الغبن. اما الخطأ فى الحساب فلا يكون سببا لا للإبطال للغلط ولا للنقض للغبن ولكن يجب تصحيحه.

فإذا ما تحقق الغبن فى القسمة الإتفاقية جاز رفع دعوى نقض القسمة، حتى لو كان المال المقسوم منقولا، بخلاف البيع فيشترط لجواز الطعن فيه للغبن ان يكون البائع غير متوافر الأهلية وان يكون عقارا. وعبء إثبات الغبن الذى يزيد على الخمس يقع على عاتق المدعى اى الشريك المغبون، وله ان يثبت ذلك بجميع طرق الإثبات ومنها البينة والقرائن، لأنه انما يثبت واقعة مادية. والغالب فى العمل ان تعين المحكمة خبيرا لتقدير المال الشائع وقت القسمة ولتقدير قيمة المال المفرز الذى وقع فى نصيب الشريك المغبون وقت القسمة ايضا. وبمقارنة هاتين القيمتين تمكن معرفة ما إذا كان الشريك قد لحقه غبن يزيد على الخمس بالنظر الى مقدار حصته فى المال الشائع قبل القسمة.

ومتى ثبت للقاضى وقوع غبن للمدعى يزيد على الخمس، فانه يتعين عليه ان يقضى بنقض القسمة اى بابطالها. ففى دعاوى الإبطال على خلاف دعاوى الفسخ. لا يملك القاضى سلطة تقديرية ويتحتم عليه ان يقضى بإبطال العقد متى تحقق سبب الإبطال.

فإذا نقضت القسمة الإتفاقية للغبن، بطلت واعتبرت كأن لم تكن، وعادت حالة الشيوع التى كانت قد زالت بالقسمة قبل ابطالها واعتبر المال المملوك للشركاء شائعا بينهم منذ بدأ الشيوع وكأنه لم ينقطع. ونقض القسمة للغبن له اثر رجعى، فتسقط تصرفات الشركاء فى الأموال المفرزة التى وقعت فى نصيبهم نتيجة للقسمة.

(الوسيط – ٨ – للدكتور السنهوري – المرجع السابق – ص٨٩٩ وما بعدها)

٢– يخضع عقد القسمة للقواعد العامة التى تسرى على سائر العقود من حيث الانعقاد والصحة. فضلا عن ذلك فان عقد القسمة يجوز نقضه بسبب الغبن (م ٨٤٥ مدنى مصرى و ٨٤٩ ليبى و ٧٩٩ سورى و ١٠٧٧ عراقى).

ويتضح من القوانين العربية المذكورة– فيما عدا القانون اللبنانى– انها تقيم فى النصوص المذكورة حكما مستحدثا يجوز بمقتضاه نقض عقد القسمة إذا لحق أحد المتقاسمين غبن يبلغ قدرا معينا، فهى تقيم الغبن فى القسمة على أساس مادى بحت، وذلك استثناء من القواعد العامة فيها التى تتطلب لإبطال العقد فضلا عن اختلال التعادل بين الاداءات المتقابلة ان يكون هناك إستغلال لضعف معين فى المتعاقد المغبون.

والدعوى التى يرفعها المتقاسم المغبون هى دعوى نقض القسمة التى تمت لإجراء قسمة اخرى من جديد. ويرجع هذا الى الحرص على تحقيق المساواة بين المتقاسمين، ويكون للمدعى عليه الخيار فى ان يكمل هذا النقض بمبلغ من النقود أو بعين يعطيها للمدعى.

وفى القانون المصرى والقانون الشورى والقانون العراقى فهذه الفترة ستة اشهر، وهذه وتلك ميعاد سقوط لا تقادم، فلا يرد عليه وقف ولا انقطاع.

(الملكية في قوانين البلاد العربية – للدكتور الصده – المرجع السابق – ص٨٩ وما بعدها)

من أحكام القضاء الحديثة:

١- ان المادة ٨٤٥ من القانون المدنى قد جعلت من الغبن الذى يزيد على الخمس عيبا فى عقد القسمة يجيز بذاته للشريك المغبون طلب نقضها، ولهذا الشريك ان يجيز القسمة التى لحقه منها، فتصبح بعد ذلك غير قابلة للنقض وهذه الاجازة كما تكون صريحة يجوز ان تكون ضمنية اذ القانون لم يشترط لتحققها صورة معينة، وتصرف الشريك المغبون فى كل أو بعض نصيبه بعد علمه بالغبن الذى لحقه فى طلب نقضها إذا دلت ظروف الحال على ان نيته قد اتجهت الى التجاوز عن هذا العيب والى الرضاء بالقسمة رغم وجوده. وتقدير تلك الظروف وتعرف هذه النية من شئون محكمة الموضوع.

(نقض – جلسة ١٩٦٨/١٢/٥ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ١٩ ص١٤٨٠)

٢- جعلت المادة ٨٤٥ من القانون المدنى من الغبن الذى يزيد على الخمس عيبا فى عقد القسمة يجيز بذاته طلب نقضها، ومن ثم فإذا وقع فى القسمة غبن بالمقدار الذى حدده القانون، جاز للشريك المغبون ان يرجع على باقى الشركاء بالغبن حتى ولو كان سبب الإستحقاق قد استبعد فى عقد القسمة من ان يكون سببا للرجوع بالضمان وذلك تحقيقا للمساواة بين المتقاسمين لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وذلك الى ان اسقاط الطاعنة حقها فى الضمان بالنسبة لحصتها فى العمارة يترتب عليه سقوط حقها فى طلب نقض القسمة للغبن، فانه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون.

(نقض – جلسة ١٩٧٥/٤/١ – المرجع السابق – السنة – ٢٦ – ص٧٢٨)

٣- أن المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه وفقا للمادة ٨٤٣ من القانون المدني يترتب علي صدور حكم القسمة أن يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي آلت إليه منذ أن تملك في الشيوع وأنه لم يملك غيرها في بقية الحصص وأن ما يقضي به حكم القسمة ملزم لكافة الشركاء المتقاسمين الذين كانوا طرفا في دعوى القسمة بما حدده من نصيب لكل منهم، وأن المتقاسمين وفقا للمادة ٨٤٤ من القانون ذاته يضمنون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض أو استحقاق لسبب سابق علي القسمة فيمتنع علي كل متقاسم التعرض لأي من المتقاسمين معه في الانتفاع بالجزء الذي آل إليه بموجب القسمة أو منازعته فيه.

(الطعن رقم ٢٤١ ـ لسنة ٦٤ ق ـ تاريخ الجلسة ١١ / ٠٣ / ٢٠٠٣)

مادة (٨٤٦)

(١) فى قسمة المهايأة يتفق الشركاء على ان يختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز يوازى حصته فى المال الشائع، متنازلا لشركائه فى مقابل ذلك عن الانتفاع بباقى الأجزاء ولا يصح هذا الإتفاق لمدة تزيد عن خمس سنين. فإذا لم يشترط لها مدة أو إنتهت المدة المتفق عليها ولم يحصل إتفاق جديد، كانت مدتها سنة واحدة تتجدد إذا لم يعلن الشريك الى شركائه قبل انتهاء السنة الجارية بثلاثة أشهر انه لا يرغب فى التجديد.

(٢) وإذا دامت هذه القسمة خمس عشرة سنة، انقلبت قسمة نهائية ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك. وإذا حاز الشريك على الشيوع جزءا مفرزا من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة، افترض ان حيازته لهذا الجزء تستند الى قسمة مهايأة.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٨٥٠ ليبى و ٨٠٠ سورى و١٠٧٨ عراقى و٧٢٣ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

يراجع- لاحقا- التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد على نص المادة ٨٤٩ مدنى.

رأى الفقه:

١- كثيرا ما يتفق الشركاء فى الشيوع تخلصا من مشاكل ادارة المال الشائع وما يحيط بهذه الادارة من صعوبات، على قسمة المهايأة لمدة معينة، فيقسمون المال بينهم قسمة منفعة لا قسمة ملك، ويختص كل منهم بجزء مفرز من المال يعادل حصته فى المال الشائع، وبذلك يتهيأ لكل منهم ان يحوز مالا مفرزا يستقل بادارته واستغلاله والإنتفاع به بنفسه أو بواسطة غيره، دون ان يحاسب اى شريك الاخر على ادارته لنصيبه ولا على الغلة والثمار التى حصل عليها. هذه المهايأة المكانية لا يجوز ان تزيد على خمس سنوات وإذا زادت انقصت إليه بحيث لا يجبر الشريك على البقاء فى الشيوع عن طريق المهايأة المكانية مدة اطول من ذلك، لأن المهايأة وان كانت تفرز المال من حيث المنفعة الا انها تبقيه شائعا من حيث الملكية. ويجوز تجديد المدة بحيث لا تزيد كل مدة على خمس سنوات.

والذى يقع عملا ان المهايأة المكانية تدوم مدة طويلة، فتتجدد من مدة الى اخرى، وكثيرا ما تدوم خمس عشرة سنة أو اكثر. والمهايأة المكانية التى تدوم خمس عشرة سنوات دون ان يرغب أحد فى انهائها، لأكبر دليل على ان هذه المهايأة هى خير قسمة للمال الشائع، ارتاح إليها الشركاء واطمأنوا الى التعامل على اساسها. لذلك استحدث القانون المدنى حكما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٨٤٦ يقضى بانه إذا دامت هذه القسمة خمس عشر سنة انقلبت قسمة نهائية ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك، وإذا حاز الشريك على الشيوع جزءا مفرزا من المال مدة خمس عشرة سنة، افترض ان حيازته لهذا الجزء تستند الى قسمة مهايأة. ولا بد من تسجيل القسمة النهائية، ومن

ثم فلا بد من كتابة ورقة مثبتة لها. وإذا لم يتفق الشركاء على كتابة الورقة التى تعد للتسجيل، جاز لأى شريك ام يرفع النزاع الى المحكمة وتقضى المحكمة بثبوت القسمة النهائية، ويكون تاريخ القسمة هنا هو اليوم التالى لانعقاد الخمس عشرة سنة وليس يوم ابتداء المهايأة المكانية ولا يوم رفع الدعوى أو يوم صدور الحكم.

وقد تكون المهايأة زمانية بأن يتفق الشركاء على ان يتنابوا الإنتفاع بجميع المال المشترك، كل منهم لمدة تتناسب مع حصته. ولم ينظم القانون مدة المهايأة الزمانية كما نظم مدة المهايأة المكانية، فتسرى القواعد العامة، ومن ثم يجوز ان يتفق الشركاء على عدد دورات التناوب فى الإنتفاع بالمال الشائع كما يشاءان، بشرط الا يؤدى هذا الإتفاق الى اجبارهم على البقاء فى الشيوع على مدة تزيد أو تقل عن خمس سنين. وتنتهى المهايأة بانتهاء مدتها، ويعين الإتفاق هذه المدة وكيف تنقضى.

ولا تنقلب المهايأة الزمانية الى قسمة نهائية مهما طالت مدتها، ذلك ان المهايأة المكانية تقسم المال الشائع أجزاء مفرزة، فهى كالقسمة النهائية الا فى انها قسمة منفعة لا قسمة ملك. اما المهايأة الزمانية فتبقى المال الشائع على حالته دون افراز وانما تقسم زمن الإنتفاع به، فهى لا تهيئ للقسمة النهائية، ومن ثم لا يمكن ان تنقلب إليها.

(**الوسيط – ٨ – للدكتور السنهوري – المرجع السابق – ص٨١٣ وما بعدها**)

٢– قسمة المهايأة هى قسمة إنتفاع لا قسمة ملكية، فهى إتفاق مؤقت يراد به تنظيم الإنتفاع بالمال الشائع، ومن ثم فلا ينتهى بها الشيوع.

وقد نظم الشارع المصرى والسورى والعراقى والليبى هذا النوع من القسمة. والنصوص التى وردت فى هذا التنظيم كلها نصوص مستحدثة، فلا نظير لها فى التقنين المصرى القديم ولا نظير لها فى التقنينات الاجنبية فى هذا الموضوع.

المهايأة نوعان: مهايأة مكانية، ومهايأة زمانية. الأولى نصت عليها المادة ٨٤٦ مدنى مصرى (وتطابقها م ٨٥٠ مدنى ليبى وم ٨٠٠ مدنى سورى وم ١٠٧٨ مدنى عراقى)، ومؤداها ان فى المهايأة المكانية يتفق الشركاء على ان يختص كل منهم جزء مفرز يوازى حصته فى المال الشائع، نازلا لشركائه فى مقابل ذلك عن الإنتفاع بباقى الأجزاء. ولا يصح هذا الإتفاق لمدة تزيد على خمس سنوات، انما يجوز بعد إنقضاء الخمس سنوات ان يتفق على مدة اخرى مماثلة. فإذا لم تشترط مدة، أو إنتهت المدة المتفق عليها ولم يحصل إتفاق جديد، كانت المدة سنة واحدة تتجدد إذا لم يعلن الشريك الى شركائه قبل السنة الجارية بثلاثة اشهر انه لا يرغب فى التجديد.

اما المهايأة الزمانية فقد نصت عليها المادة ٨٤٧ مدنى مصرى، وتطابقها المواد ٨٥١ ليبى و ٨٠١ سورى و١٠٧٨ عراقى.

فالمهايأة الزمانية هى التى فيها يتفق الشركاء على ان يتنابوا الإنتفاع بجميع المال المشترك، كل منهم لمدة تتناسب مع حصته.

وهناك– فضلا عن ذلك– حالة خاصة، مؤداها انه إذا لم يتم الإتفاق فيها على قسمة المهايأة، جاز ان تتم المهايأة بأمر من القاضى بناء على طلب أحد الشركاء. وهذه الحالة– فى القانون المصرى والليبى والسورى هى المهايأة التى تتم اثناء إجراءات القسمة النهائية، وقد نصت عليها المادة ٨٤٩ مدنى مصرى ويطابقها نص

المادتين ٨٥٣ مدنى ليبى و٨٠٣ مدنى سورى. ومؤداها ان للشركاء ان يتفقوا اثناء إجراءات القسمة النهائية على ان يقسم المال الشائع مهايأة بينهم وتظل هذه القسمة نافذة حتى تتم القسمة النهائية، فإذا تعذر إتفاق الشركاء على قسمة المهايأة، جاز للقاضى الجزئى إذا طلب منه ذلك أحد الشركاء ان يأمر بها بعد الاستعانة بخبير إذا إقتضى الأمر ذلك.

أما فى القانون العراقى فقد نص فى المادة ١٠٨٠ مدنى على ان هذه الحالة من المهايأة هى التى تتم فى المنقول عند عدم إتفاق الشركاء على المهايأة، حيث جرى نصها بأنه: " إذا لم يتفق الشركاء على المهايأة فى المنقول ولم يطلب احدهم ازالة الشيوع فللشريك الذى يطلب المهايأة مراجعة محكمة الصلح لاجرائها ".

(الملكية في قوانين البلاد العربية – للدكتور عبد المنعم فرج الصده – ٢ – ص٩٢ وما بعدها)

٣- قسمة المهايأة هى قسمة المال الشائع قسمة منفعة لا قسمة ملكية، ويقصد من ورائها تنظيم الإنتفاع بالمال الشائع، ولهذا لا تنتهى بها حالة الشيوع. وقد نظم المشرع قسمة المهايأة فى المواد من ٨٤٦ الى ٨٤٩ مدنى والمهايأة اما مكانية واما زمانية.

ففى المهايأة المكانية لا يصح ان يتفق على ان تكون المهايأة لمدة ازيد من خمس سنوات، فإذا اتفق على مدة تزيد على خمس سنوات انقصت المدة الى هذا الحد، فإذا لم تحدد لها مدة أو إنتهت المدة المتفق عليها ولم يحصل إتفاق جديد، كانت مدتها سنة واحدة تتجدد إذا لم يعلن الشريك الى شركائه رغبته فى عدم التجديد، وانما يلزم ان يتم هذا الإعلان قبل إنتهاء السنة الجارية بثلاثة اشهر.

وقد سوى المشرع بين الإتفاق على البقاء فى الشيوع والإتفاق على قسمة المهايأة من حيث الحد الاقصى للمدة وجعلها خمس سنوات.

وإذا دامت هذه القسمة خمس عشرة سنة انقلبت قسمة نهائية. ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك. والواقع ان المشرع قد راعى فى هذا الصدد ان المهايأة التى تدوم خمس عشرة سنة دون ان يرغب أحد فى انهائها، تعتبر خير قسمة نهائية يستطيع الشركاء ان يصلوا إليها، وقد وصلوا إليها بالتجربة وإطمأنوا لنتائجها، فان كانوا يريدون غير ذلك، فما عليهم الا ان يتفقوا مقدما على ان قسمة المهايأة لا تنقلب الى قسمة نهائية.

وتحول قسمة المهايأة فى هذه الحالة الى قسمة نهائية يتم بقوة القانون، ولهذا لاتعد القسمة فى هذه الحالة قسمة إتفاقية، وان كانت تقوم على إتفاق على قسمة مهايأة. ذلك ان القانون هو الذى يرتب هذا الاثر بجعل الاستمرار ١٥ سنة فى قسمة المهايأة يحولها الى قسمة نهائية. ويترتب على هذا ان الآثار التى تترتب والأحكام التى يقررها القانون بصدد القسمة الإتفاقية لا تسرى فى هذه الحالة، فلا يجوز نقض القسمة بسبب الغبن مثلا.

ولكن هل يلزم تسجيل القسمة وقيدها فى السجل العينى فى هذه الحالة إذا وردت على عقار تنص المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ والمادة ٢٧ من قانون السجل العينى رقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤ على تسجيل التصرفات والأحكام المقررة، وتبعا لذلك يلزم تسجيل عقد القسمة، كما يلزم تسجيل الحكم الصادر فى

القسمة إذا كانت قضائية. ولما كان تحول قسمة المهايأة الى نهائية لا يتم بتصرف ولا بحكم، وانما يتم بقوة القانون، فانه لا يكون واجب التسجيل.

وحيازة الشريك- طبقا للمادة ٢/٨٤٦ مدنى- لجزء مفرز من المال الشائع مدة ١٥ سنة يعد قرينة على انه قد حاز بناء على قسمة مهاياة، وتبعا لذلك تنقلب القسمة فى هذه الحالة الى قسمة نهائية بقوة القانون فالقرينة هنا تقوم إذا أثبت الشريك انه حاز جزءا مفرزا لمدة ١٥ سنة.

وافتراض ان الحيازة تستند الى قسمة مهايأة، وبالتالى تنقلب الى قسمة نهائية يمكن نقضه بأحد طريقين: فقد تنقض القرينة هنا بالدليل العكسى، بأن يثبت ان حيازة الشريك لا تستند الى قسمة مهايأة، وإذا ثبت هذا انتقلت قسمة المهايأة، وانتفى بالتالى ما يترتب على ذلك من انقلابها الى قسمة نهائية، ومن ناحية اخرى فان القسمة المترتبة على القرينة فى هذه الحالة لا تتحق إذا ما ثبت ان هناك اتفاقا سابقا على الا تنقلب قسمة المهايأة الى قسمة نهائية.

أما المهايأة الزمنية فتكون بأن يتفق الشركاء على ان يتنابوا الإنتفاع بجميع المال المشترك، كل منهم لمدة تتناسب مع حصته، ولا يوجد تحديد للمدة التى يصح الإتفاق بالنسبة لها، كما هو الشأن بالنسبة للمهايأة المكانية، ولذلك يجوز الإتفاق على تناوب الإنتفاع بجميع المال المشترك لمدة تزيد على خمس سنوات، والمهم هو مراعاة التناسب بين مدة الإنتفاع وبين حصة كل شريك.

ويراعى انه فى خلال مدة انفراد كل شريك بالإنتفاع بالشئ أو بالحق المشترك، يكون له ان يتصرف فى حقه الخاص الذى يتمتع به خلال المدة المعينة للإنتفاع، وله ان يتصرف بمقابل أو بدون، ولا يلزم فى هذه الحالة تقديم حساب لشركائه عما إستوفاه، وكل هذا بشرط الا يأتى أمرا من شأنه ان ينقض أو يمنع حقوق الباقين عندما يأتى دورهم فى الإنتفاع.

(الحقوق العينية الأصلية – للدكتور توفيق فرج – المرجع السابق – ص٢٧٢ وما بعدها)

من أحكام القضاء الحديثة:

١- وفقا لنص الفقرة الثانية من المادة ٨٤٦ من القانون المدنى تنقلب قسمة المهايأة المكانية التى تدوم خمس عشرة سنة الى قسمة نهائية، ما لم يتفق الشركاء على ذلك، كما اعتبر المشرع فى الشق الأخير من تلك الفقرة حيازة الشريك على الشيوع لجزء مفرز من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة قرينة قانونية على ان حيازته لهذا الجزء تستند الى قسمة مهايأة مما مؤداه انه إذا لم يثبت عكس هذه القرينة، فإن حيازة الشريك على الشيوع لجزء مفرز من المال الشائع تؤدى الى ملكيته لهذا الجزء إعمالاً لهذه القرينة وللحكم الوارد فى صدر الفقرة الثانية من المادة ٨٤٦ المشار إليها.

إذا كان ما حازه الشريك وآلت إليه ملكيته عقارا، فانه لا يمكن الإحتجاج بهذه الملكية على الغير الا بتسجيل القسمة النهائية التى تحولت إليها قسمة المهايأة، ولا يقدح فى ذلك ان القسمة تحصل فى هذه الحالة بحكم القانون اذ الفقرة الثانية من المادة العاشرة من قانون الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ توجب تسجيل كل قسمة

عقارية حتى تكون حجة على الغير دون ان نفرق فى ذلك بين القسمة التى تتم بالإتفاق أو بحكم القاضى أو بحكم القانون، هذا، على ان الأعمال التحضيرية للمادة ٨٤٦ من القانون المدنى صريحة فى وجوب إتخاذ إجراءات الشهر العقارى بالنسبة للقسمة التى تتحول إليها قسمة المهايأة حيث ورد فى قرار لجنة القانون المدنى فى محضر الجلسة السابعة والثلاثين ان النتائج العملية لحكم الفقرة الثانية تتحقق بالإتفاق أو عند النزاع بحكم ويتبع فى ايها إجراءات الشهر العقارى.

لما كان الحكم المطعون فيه قد أثبت ان الطاعن قد يستهدف بطعنه بعدم نفاذ التصرف الصادر الى المطعون ضده الثانى الى إجراء المفاضلة بين عقده غير المسجل وعقد المطعون ضده المذكور المسجل، فان ذلك الطعن- وعلى ما جرى به قضاء النقض- يكون غير منتج فى التخلص من آثار هذا العقد المسجل والمطعون فيه بالدعوى البوليصية حتى ولو كان المطعون ضده الثانى بوصفه متصرفا له والمتصرف سئ النية متواطئين على حرمان الطاعن من الصفقة، ومن ثم يكون ما يعيبه الطاعن على الحكم من اغفال تحقيق طعنه على عقد المطعون ضده الثانى بالدعوى البوليصية لا جدوى منه فى خصوص هذه الدعوى.

(نقض – جلسة ١٩٦٩/٦/٢٦ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٢٠ ص١٠٨٤)

٢- القسمة باعتبارها كاشفة للحق لا منشئة له لا تكسب أطرافها ملكية جديدة بل تقرر ملكية كل شريك لحصة مفرزة بعد ان كانت شائعة وتؤدى الى تجزئة ملكية الاطيان التى تتناولها، ذلك ان هذه الملكية تعتبر مجزأة فعلا بين الشركاء بمقتضى سند اكتسابها ومنذ قيام حالة الشيوع بين الشركاء وكل ما ترتب على قسمتها هو تحويل الحصص الشائعة الى مفرزة، ومن ثم فان النعى على عقد القسمة بالبطلان بدعوى مخالفة المادة ٢٣ من المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ الخاص بالأصلاح الزراعى والقول ببقاء ملكية الطاعن شائعة مما يخوله حق طلب الشفعة فى القدر المتصرف فيه، يكون على غير أساس.

إذا كان ما إنتهى إليه الحكم من تكييف للمحرر المتنازع عليه بأنه قسمة نهائية لا قسمة مؤقتة هو تكييف صحيح تؤدى إليه عبارة العقد، ثم رتب الحكم على ذلك عدم أحقية الشريك المتقاسم فى الاخذ بالشفعة، فانه لا يكون قد خالف القانون.

(نقض – جلسة ١٩٦٩/١١/٦ – المرجع السابق – ص١١٦٤)

٣- قسمة المهايأة المكانية التى تدوم خمس عشر سنة. صيرورتها قسمة نهائية ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك. الفرض الوارد في المادة ٢/٨٤٦ مدني.

(الطعن رقم ٢٠٣ لسنة ٦١ق جلسة ١٩٩٣/١١/٢٤)

٤- قسمة المهايأة التى تدوم خمس عشرة سنة ،صيرورتها نهائية ما لم يتفق الشركاء غير ذلك. م١/٨٤٦ مدني.

يشترط وفقاً لنص المادة ١/٨٤٦ من القانون المدني حتى يتحول عقد قسمة المهايأة المكانية إلى قسمة نهائية أن يستمر خمسة عشرة سنة وأن لا يكون الشركاء قد إتفقوا مقدماً على خلاف ذلك.

(الطعن ٥٤٢٤ لسنة ٦٣ق جلسة ١٩٩٤/١٠/١٩ س٤٥ ص١٢٦٥)

٥- قسمة المهايأة بين الشركاء على الشيوع. ماهيتها. الإيجار الصادر من الشريك عن الجزء المفرز الذى إختص به نافذ في حق الشركاء. الإيجار الصادر منهم بعد القسمة ولو كانوا أصحاب الأغلبية غير نافذ في مواجهته. لهذا الشريك الإحتجاج بهذه القسمة قبل المستأجر ولو لم يكن عقد القسمة مشهراً. المادتان ١/٨٤٦، ٨٤٨ مدني.

نص الفقرة الأولى من المادة ٨٤٦ والمادة ٨٤٨ من القانون المدنى - يدل على أن للشركاء على الشيوع في الملكية أن يتفقوا على قسمة المهايأة لمدة معينة فيقسمون المال بينهم قسمة منفعة لا قسمة ملك فيختص كل منهم بجزء مفرز يعادل حصته في المال الشائع فيستقل بإدارته وإستغلاله والإنتفاع به سواء بنفسه أو بواسطة غيره دون باقى الشركاء ذلك أن الشريك بمقتضى هذه المهايأة يختص على نصيب باقى الشركاء في منفعة الجزء الذى إختص به في مقابل حصول الشركاء على نصيبه هو في منفعة الأجزاء المفرزة الأخرى، ويعتب الشريك مؤجراً لمنفعة حصته ومستأجراً لمنفعة حصص الباقى من الشركاء، وتطبق القواعد الخاصة بالإيجار فيما يتعلق بحقوقه وإلتزاماته وجواز الإحتجاج بالقسمة على الغير، ويكون له تأجير الجزء المفرز الذى إختص به إيجاراً نافذاً في حق باقى الشركاء الذين يمتنع عليهم ممارسة هذا الحق لإلتزامهم بضمان عدم التعرض ولو كانوا أصحاب أغلبية الحصص في ملكية المال الشائع وتكون الإجارة الصادرة منهم للغير غير نافذة فى مواجهة الشريك صاحب الحق في إستغلال وإدارة هذا الجزء، ويحق لهذا الشريك أن يحتج بهذه القسمة قبل الغير الذى إستأجر من باقى الشركاء بعد القسمة ولو لم يكن عقد القسمة مشهراً، إذ يعتبر الشريك في حكم المستأجر لهذا الجزء وطبقاً للقواعد الخاصة بعقد الإيجار إنه لا يلزم شهره للإحتجاج به على الغير.

(الطعن ٦٢٧١ لسنة ٦٥ق - جلسة ١٩٩٦/٦/٢٧ س٤٧ ص١٠٤٦)

٦- قسمة المهايأة بين الشركاء على الشيوع. ماهيتها. الإيجار الصادر من الشريك عن الجزء المفرز الذى إختص به. نافذ في حق باقى الشركاء. الإيجار الصادر منهم بعد القسمة ولو كانوا أصحاب الأغلبية غير نافذ في مواجهته. لهذا الشريك الإحتجاج بهذه القسمة قبل المستأجر ولو لم يكن عقد القسمة مشهراً. م١/٨٤٦ مدني.

النص في الفقرة الأولى من المادة ٨٤٦ من القانون المدني يدل على أن للشركاء على الشيوع في الملكية أن يتفقوا على قسمة المهايأة قسمة معينة فيقسموا المال بينهم قسمة منفعة لا قسمة ملك فيختص كل منهم بجزء مفرز يعادل حصته في المال الشائع فيستقل بإدارته وإستغلاله والإنتفاع به سواء بنفسه أو بواسطة غيره دون باقى الشركاء. ذلك أن الشريك بمقضتى هذه المهايأة يحصل على نصيب باقى الشركاء في منفعة الجزء الذى إختص به إيجاراً نافذاً في حق باقى الشركاء الذين يمتنع عليهم ممارسة أصحاب أغلبية الحصص في ملكية المال الشائع وتكون الإجارة الصادرة منهم للغير غير نافذة في مواجهة الشريك صاحب الحق في إستغلاله وإدارة هذا الجزء

ويحق لهذا الشريك أن يحتج بهذه القسمة قبل الغير الذى إستأجر من باقى الشركاء بعد القسمة ولو لم يكن عقد القسمة مشهراً.

(الطعن رقم ٨٦٩ لسنة ٦٢ق – جلسة ١٩٩٧/٥/٤ س٤٨ ص٧٢٤)

٧- وحيث أن مما ينعى به الطاعن على الحكم المطعون فيه، القصور في التسبيب، والفساد في الإستدلال، والإخلال بحق الدفاع، وفى بيان ذلك يقول إنه تمسك أمام محكمة الموضوع بدفاع حاصله أن مورثة ومورث المطعون ضده خلف الورثة موضوع النزاع فضلاً عن شقة إتفقا على أن يختص بها هذا الأخير، وأنه إستعملها ورشة نجارة وقام بإستخراج ترخيص تشغيلها بإسم زوجته، وإذ إنقضت على تلك القسمة مدة تزيد على خمسة عشر عاماً فقد إنقلبت إلى قسمة نهائية طبقاً لنص المادة ٢/٨٤٦ من القانون المدني، وطلب إحالة الدعوى للتحقيق أو ندب خبير تمكيناً له من إثبات حصول تلك القسمة بيد أن الحكم المطعون فيه إلتفت عن دفاعه بقوله إنه أقر أمام الخبير المندوب في الدعوى بأنه لأخيه المطعون ضده نصيباً في الميراث، مما يعيب الحكم ويستوجب نقضه.

وحيث أن هذا النعى فى محله، ذلك أن المقرر في قضاء هذه المحكمة أن النص في المادة ٨٤٦ من القانون المدني على أن ":

١- في قسمة المهايأة يتفق الشركاء على أن يختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز يوازى حصته في المال الشائع، متنازلاً لشركائه في مقابل ذلك عند الإنتفاع بباقى الأجزاء.

٢- وإذا دامت هذه القسمة خمس عشرة سنة إنقلبت قسمة نهائية، مالم يتفق الشركاء على غير ذلك. وإذا حاز الشريك على الشيوع جزءاً مفرزاً من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة، إفترض أن حيازته لهذا الجزء تستند إلى قسمة مهايأة " مفاده أنه إذا حاز الشريك على الشيوع بالإتفاق مع باقى الشركاء جزءاً مفرزاً يوازى حصته من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة فإن حيازته تنقلب بها قسمة المهايأة المكانية إلى قسمة نهائية تؤدى إلى ملكيته لهذا الجزء ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك، وأن المشرع أقام قرينة قانونية على أن حيازة الشريك المشاع لجزء مهايأة، ويكفى في خصوص هذه القرينة أن يقام الدليل على حيازة الجزء المفرز، وإستمرار هذه الحيازة المدة المذكورة ليفترض أن هناك قسمة مهايأة. لما كان ذلك، وكان الثابت في الأوراق أن الطاعن تمسك أمام محكمة الموضوع بدفاعه الوارد فى سبب النعى، وطلب تمكينه من إثباته، وأن الحكم المطعون فيه إلتفت عن هذا الدفاع الجوهري الذى من شأنه- إذا صح – تغير وجه الرأي في الدعوى على سند من أن الطاعن أقر أمام الخبير المندوب بأن لخصمه المطعون ضده حصة ميراثية في الورثة موضوع النزاع – فإنه فضلاً عن فساده في الإستدلال، يكون قد أخل بحق الطاعن في الدفاع، الأمر الذي يعيبه ويوجب نقضه.

(الطعن ٥٢٨٥ لسنة ٦٩ق – جلسة ٢٠٠٠/١١/٢١ لم ينشر بعد)

٨- ولما كان البين من الحكم المطعون فيه أنه أقام قضاءه بسقوط حق الطاعن في أخذ الأطيان موضوع النزاع بالشفعة على ما أورده في أسبابه من أن (الثابت من

تقريرى الخبير أمام أول درجة والمنتدب من هذه المحكمة أن هناك قسمة حدثت بين المستأنف وأخوته جميعاً بما فيهم المستأنف ضدهما الأولى والثانى منذ وفاة والدهم في ١٩٦٠/٨/١، وأن كلا منهم قام بتأجير المساحة التى تخصه، كما أن بعضهم تصرف بالبيع في المساحة التى تخصه، وقد تصرف المستأنف ضدهما الأول والثانى بمقتضى ذلك بالبيع في الأطيان المشفوع فيها، وإذ كان ذلك فإن المستأنف لم يعد مالكاً وقت طلبه الأخذ بالشفعة وحتى الحكم في الدعوى، ومن ثم يكون الحكم المستأنف في محله للأسباب التى بنى عليها)، وكان الثابت من الحكم الأخير أنه أقام قضاءه على أن (المحكمة تقتنع بحدوث قسمة أنهت حالة الشيوع، وتستمد إقتناعها من أقوال جميع الشهود الذى إستمع إليهم الخبير بمحضر أعماله إذ جاءت أقوالهم متفقة قاطعة الدلالة على حدوث القسمة، وتطمئن المحكمة لهذه الأقوال التى لم يطعن عليها بثمة مطعن، كما أن أياً من المدعى عليهما الأول والثاني لم ينف حدوث القسمة التى أجمع الشهود على حدوثها، أو ينفى الأدلة التى ساقها المدعى عليهم الثالث والرابع والخامس تدليلاً على حدوث القسمة وإختصاص كل شريك بحصته مفرزة)، لما كان ذلك وكان الثابت فى تقرير الخبير المندوب من محكمة أول درجة أنه أورد أن أياً من الخصوم لم يقدم له مستندات قاطعة تفيد حدوث قسمة بين ورثة..... مورث الطاعن والمطعون ضدهما الأول والثاني، ومن ثم فإن الطاعن يكون شريكاً على الشيوع في الأطيان المشفوع فيها، كما ثبت من الإطلاع على تقرير الخبير المندوب من محكمة الإستئناف أنه خلص إلى أن الطاعن أحد الملاك المشتاعين في الأطيان موضوع النزاع، وأن حالة الشيوع ظلت قائمة حتى تاريخ إيداعه لتقريره، وأن ما ورد في هذا التقرير منسوباً إلى من سمعهم الخبير من رجال الإدارة والجيران أن مؤداه أن المورث المذكور كان يؤجر تلك الأطيان للمطعون ضدهم من الثالث حتى الأخير، وبعد وفاته قام كل من ورثته بتأجير نصيبه شفوياً وأنهم أنابوا عنهم في ذلك وكيل الدائرة..... الذى كان يقوم بتحصيل الأجرة ويوزعها عليهم، فإن ما خلصت إليه محكمة الموضوع بدرجتها من أن حالة الشيوع بين الطاعن وشقيقه المطعون ضدهما الأول والثاني قد إنتهت بحدوث قسمة بينهم يكون مخالفاً للثابت في الأوراق، وغير مطابق للحقيقة التى تضمنها عقد البيع المشفوع فيه نفسه فيما إشتمل عليه من إقرار طرفيه – المطعون ضده – من أن البيع ورد على حصة شائعة في مساحة أكبر ،وإذ كانت حالة الشيوع بين الشركاء لا تنتهى إلا بإتجاه إرادتهم جميعاً إلى قسمة المال الشائع قسمة نهائية، وكان قيام أي منهم بتأجير المال الشائع كله أو بعضه لا يعتبر دليلاً على حصول القسمة، فإن الحكم المطعون فيه – فضلاً عن مخالفته الثابت في الأوراق يكون معيباً بالخطأ في تطبيق القانون، وإذ حجبه هذا الخطأعن التحقق من توافر باقى شروط الأخذ بالشفعة، فإنه يكون مشوباً بقصور يبطله ويوجب نقضه لما سلف ذكره من وجوه النعى دون حاجة لمناقشة باقيها.

(الطعن ٥٦١٨ لسنة ٦٣ق – جلسة ٢٠٠١/٥/٢٩ لم ينشر بعد)

مادة (٨٤٧)

تكون قسمة المهايأة ايضا بأن يتفق الشركاء على ان يتناوبوا الإنتفاع بجميع المال المشترك، كل منهم لمدة تتناسب مع حصته.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانونى المدنى بالاقطار العربية، المواد التالية: مادة ٨٥١ ليبى و ٨٠١ سورى و ١٠٧٩ عراقى و ٨٣٠ لبنانى و ٧٢٤ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

يراجع- لاحقا- التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد على نص المادة ٨٤٩ مدنى.

رأى الفقه:

يراجع- آنفا- التعليق برأى الفقه الوارد على نص المادة ٨٤٦ مدنى.

من أحكام القضاء الحديثة:

١- مقتضى المادة ٨٤٧ من القانون المدنى هو ان قسمة المهايأة الزمنية للمال الشائع لا تنتهى حالة الشيوع بين الشركاء فيه، ولا تعدوا الغاية منها تنظيم علاقة هؤلاء الشركاء لاقتسام منفعة ذلك المال بأن يتناوبوا الإنتفاع كل منهم مدة مناسبة لحصته فيه بما يفى مقايضة إنتفاع بإنتفاع، كما هو الحال فى عقد الإيجار. واذ تقضى المادة ٨٤٨ التالية للمادة السابقة بخضوع قسمة المهايأة من حيث حقوق والتزامات المتقاسمين لأحكام عقد الإيجار الا فيما يتعارض مع طبيعة هذه القسمة، فان مؤدى هذين النصين ان يلتزم الشريك المهايئ كما يلزم المستأجر طبقا لنصوص القانون المدنى فى الإيجار بأن يرد العين المشتركة لشركائه فيها بعد انتهاء نوبته فى الإنتفاع بها والا كان غاصبا، ويلزم بتعويض هؤلاء الشركاء عما يصيبهم من ضرر.

(نقض- جلسة ١٩٦٩/٢/١١- مجموعة المكتب الفنى- السنة ٢٠- ص٢٩٨)

٢- إذا كان البين من عقد قسمة العقار محل التداعي أن طرفيه تراضياً على أن يختص الطرف الأول بالإنتفاع بالدور الأول فوق الأرضى بكافة أوجه الإنتفاع بالإضافة إلى الغرفتين الكائنتين أسفل الدور الأرضى وان يختص الطرف الثاني بالإنتفاع بكامل الدور الأرضى والحديقة وعلى أنه إذا أراد الطرف الأول تكملة الدور الأول فوق الأرضى على نفقته، يكون له الإنتفاع بهذه التكملة أيضاً إنتفاعاً مستديما مدى حياته وبشرط أن لا يرجع على الطرف الثاني بشئ من تلك النفقات، ويعتبر الطرف الثاني في هذه الحالة مالكاً لنصف التكملة دون مقابل بإعتباره شريكاً بحق النصف في كامل أرض وبناء العقار وكان مؤدى العبارات الصريحة لهذا العقد أن طرفيه قد إتفقا على إقتسام المنفعة بوحدات العقار المذكور فيما بينهما قسمة مهايأة مكانية مع بقاء الشيوع قائماً في ملكية الأرض والأجزاء المشتركة، ومن ثم فإن

إستمرار هذا العقد نافذاً لمدة خمسة عشرة سنة لا يترتب عليه تحول القسمة المكانية إلى قسمة نهائية أو إنهاء حالة الشيوع، لما كان ذلك وكان الحكم الإبتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بأحقية المطعون ضده الأول في طلبه الأخذ بالشفعة إستناداً إلى كونه شريكاً على الشيوع في عقار التداعي متى توافرت له الشرائط الأخرى فإنه لا يكون قد خالف القانون.

(الطعن ٥٤٢٤ لسنة ٦٣ق جلسة ١٩٩٤/١٠/١٩ س٤٥ ص١٢٦٥)

* * *

obeikan.com

مادة (٨٤٨)

تخضع قسمة المهايأة من حيث جواز الإحتجاج بها على الغير ومن حيث أهلية المتقاسمين وحقوقهم والتزاماتهم وطرق الإثبات لأحكام عقد الإيجار، ما دامت هذه الأحكام لا تتعارض مع طبيعة هذه القسمة.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٨٥٢ ليبى و٨٠٢ سورى و١٠٨٠ عراقى (الذى اعتبر المهايأة فى المنقول فقط) و ٧٢٥ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

يراجع- لاحقا- التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد على نص المادة ٨٤٩ مدنى.

رأى الفقه:

١- لما كانت قسمة المهايأة المكانية أو الزمنية انما هى طريقة لتنظيم الإنتفاع بالمال الشائع بين الشركاء، فان كل شريك يعتبر فى مركز المؤجر الشريك الآخر، كما يعتبر مستأجرا منه فى الوقت نفسه، لهذا نصت المادة ٨٤٨ مدنى على خضوع قسمة المهايأة من حيث الإحتجاج على الغير، ومن حيث أهلية المتقاسمين وحقوقهم والتزاماتهم، وطرق الإثبات لأحكام عقد الإيجار ما دامت هذه الأحكام لا تتعارض مع طبيعة هذه القسمة. فالشريك يعد مؤجرا للشريك الآخر ومستأجرا منه، بإعتبار أن قسمة المهايأة انما هى قسمة إنتفاع، ولهذا فإنها تخضع لأحكام الإيجار من حيث جواز الإحتجاج بها على الغير، ومن حيث أهلية المتقاسمين وحقوقهم والتزاماتهم، ومن حيث طرق الإثبات، وذلك ما لم تتعارض هذه الأحكام مع طبيعة قسمة المهايأة، خاصة بالنسبة لتحويل قسمة المهايأة المكانية الى قسمة نهائية إذا دامت ١٥ سنة طبقا لما يقضى به القانون، وخضوع قسمة المهايأة لأحكام الإيجار أمر تمليه القواعد العامة.

(الحقوق العينية الأصلية – للدكتور توفيق فرج – المرجع السابق – ص٢٧٦)

٢- يعتبر كل شريك فى قسمة المهايأة مؤجرا للشريك الآخر ومستأجرا منه، فهى قسمة إنتفاع، ولذلك فإنها لا تخضع لأحكام القسمة النهائية، وانما تخضع لأحكام عقد الإيجار طبقا لما نصت عليه المادة ٨٤٨ مدنى مصرى والمواد ٨٥٢ ليبى و٨٠٢ سورى و١٠٧٩ عراقى.

(الملكية في قوانين البلاد العربية – ٢ – للدكتور عبد المنعم فرج الصده – ص٩٤)

من أحكام القضاء الحديثة:

١- يراجع حكم النقض الصادر بجلسة ١٩٧٩/٢/١١- المعلق به على المادة ٨٤٧ مدنى (السابقة).

٢- قسمة المهايأة، أثرها بالنسبة للمتقاسمين، عدم الإحتجاج بها قبل الغير الا إذا سجلت. المقصود بالغير المشترى لجزء مفرز من أحد المتقاسمين لا يعتبر غيرا ولو سجل عقده قبل تسجيل القسمة.

(نقض - جلسة ١٩٨٠/١٢/٩ - الطعن ١٦١ لسنة ٤٧ القضائية - لم ينشر)

٣- نص الفقرة الأولى من المادة ٨٤٦ والمادة ٨٤٨ من القانون المدني - يدل على أن للشركاء على الشيوع في الملكية أن يتفقوا على قسمة المهايأة لمدة معينة. فيقسمون المال بينهم قسمة منفعة لا قسمة ملك فيختص كل منهم بجزء مفرز يعادل حصته فى المال الشائع فيستقل بإدارته وإستغلاله والإنتفاع به سواء بنفسه أو بواسطة غيره دون باقى الشركاء ذلك أن الشريك بمقتضى هذه المهايأة يحصل على نصيب باقى الشركاء في منفعة الجزء الذى إختص به في مقابل حصول الشركاء على نصيبه هو في منفعة الأجزاء المفرزة الأخرى، ويعتبر الشريك مؤجراً لمنفعة حصته ومستأجراً لمنفعة حصص الباقى من الشركاء، وتطبق القواعد الخاصة بالإيجار فيما يتعلق بحقوقه وإلتزاماته وجواز الإحتجاج بالقسمة على الغير، ويكون له تأجير الجزء المفرز الذى إختص به إيجاراً نافذاً في حق باقى الشركاء الذين يمتنع عليهم ممارسة هذا الحق لإلتزامهم بضمان عدم التعرض ولو كانوا أصحاب أغلبية الحصص في ملكية المال الشائع وتكون الإجارة الصادرة منهم للغير غير نافذة في مواجهة الشريك صاحب الحق في إستغلال وإدارة هذا الجزء، ويحق لهذا الشريك أن يحتج بهذه القسمة قبل الغير الذى إستأجر من باقى الشركاء بعد القسمة ولو لم يكن عقد القسمة مشهراً، إذ يعتبر الشريك في حكم المستأجر لهذا الجزء وطبقاً للقواعد الخاصة بعقد الإيجار فإنه لا يلزم شهره للإحتجاج به على الغير.

(الطعن ٦٢٧١ لسنة ٦٥ق - جلسة ١٩٩٦/٦/٢٧ س٤٧ ص١٠٤٦)

٤- تمسك الطاعنين أمام محكمة الموضوع بأنهم إختصوا بالشقة محل النزاع بموجب قسمة المهايأة للعقار والتى تمت بينهم وبين الشركاء على الشيوع وأن عقد الإيجار الصادر من المطعون ضدهما الأول والثاني إلى المطعون ضده الثالث لاحقاً لإجراء تلك القسمة، ويكون غير نافذ قبلهم لصدوره ممن ليس له حق ودللوا على ذلك بالمستندات - دفاع جوهري - إغفال الحكم المطعون فيه تمحيص هذا الدفاع والقضاء برفض دعوى الطاعنين وتمكين المطعون ضده الثالث من عين النزاع وإعتبار عقد الإيجار نافذاً في حق الطاعنين. خطأ. في تطبيق القانون. لما كان الطاعنون قد تمسكوا أمام محكمة الموضوع بأنهم إختصوا بشقة النزاع بمقتضى عقد قسمة المهايأة وقد تمت المحاسبة والإتفاقات بينهم وبين باقى الشركاء في العقار الذى توجد به هذه الشقة ومنها المخالصة المحررة بين الطاعن الأول وبين البائع للمطعون ضده الأول والذى كان يملك نصف العقار وذلك حتى شهر ديسمبر سنة ١٩٨٤ والإيصال المؤرخ ١٩٨٦/٥/١٩ الصادر عن والد المطعون ضده الأول والإتفاق المؤرخ ١٩٨٥/٤/١ المحرر بين الطاعن الأول وبين والد المطعون ضده الأول والموضع عليه المطعون ضده الثاني والمقدم أمام محكمة أول درجة بجلسة ١٩٩٤/٣/٣٠ وكان من شأن هذا

الدفاع – لو صح – أن يتغير به وجه الرأي في الدعوى إذ يحق للطاعنين وحدهم القيام بأعمال الإدارة المتعلقة بشقة النزاع طبقاً لقسمة المهايأة التى تمت بينهم ومنها حيازة تلك الشقة وإستغلالها وإبرام عقود الإيجار. دون باقى الشركاء الأخرين وإذ كان عقد الإيجار الصادر من المطعون ضدهما الأول والثاني إلى المطعون ضده الثالث المستأجر، والمؤرخ ١٩٨٩/٣/١ قد جاء لاحقاً لإجراء قسمة المهايأة الحأصلة في سنة ١٩٨٥ ومن ثم فإن الإجازة الأخيرة لا تكون نافذة قبل الطاعنين لصدورها ممن ليس له حق إدارة أو إستغلال العين محل النزاع بما ورد بقسمة المهايأة من أن الطاعنين إختصوا وحدهم بمنفعة شقة النزاع وإذ خالف الحكم المطعون فيه وإعتد بعقد الإيجار المؤرخ ١٩٨٩/٣/١ المشار إليه وإعتبره نافذاً فى حق الطاعنين ولم يفطن لدفاع الطاعنين بحدوث قسمة مهايأة وإختصاصهم بشقة النزاع وهو دفاع جوهري قد يتغير به وجه الرأي في الدعوى ورتب على ذلك قضاءه برفضه دعوى الطاعنين وبتمكين المطعون ضده الأخير للعين المؤجرة على سند من أن حق باقى الشركاء أصحاب الأغلبية في العقار الشائع في تأجير عين النزاع فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون وعابه القصور في التسبيب والإخلال بحق الدفاع بما يوجب نقضه.

(الطعن ٦٢٧١ لسنة ٦٥ق – جلسة ١٩٩٦/٦/٢٧ س٤٧ ص١٠٤٦)

* * *

obeikan.com

مـــادة (٨٤٩)

(١) للشركاء ان يتفقوا أثناء إجراءات القسمة النهائية على ان يقسم المال الشائع مهايأة بينهم، وتظل هذه القسمة نافذة حتى تتم القسمة النهائية.

(٢) فإذا تعذر إتفاق الشركاء على قسمة المهايأة، جاز للقاضى الجزئى إذا طلب منه ذلك أحد الشركاء أن يأمر بها بعد الاستعانة بخبير إذا إقتضى الأمر ذلك.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٨٥٣ ليبى و٨٠٣ سورى.

الأعمال التحضيرية:

١- تعرض المواد ١٢١٤- ١٢٢٠ لقسمة المهايأة، ولا نظير لهـا فـى التقنـين الحالى ولا فى التقنينات الاجنبية، وأكثرها ليس الا تقنينا لمـا جـرى عليـه القـضاء المصرى فى هذا الموضوع الهام.

٢- وقسمة المهايأة قسمة إنتفاع لا قسمة ملكية. وهى اما ان تكون مهايأة مكانية، فيتفق الشركاء على ان يختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز يوازى حـصته الـشائعة، واما ان تكون مهايأة زمنية، بأن يتفق الشركاء على ان يتناوبوا الإنتفاع بجميع المـال المشترك كل منهم لمدة تتناسب مع حصته. وتخضع قسمة المهايأة لأحكام الإيجار من حيث أهلية المتقاسمين وحقوقهم والتزاماتهم وجواز الإحتجاج على الغير (الا فى إثبات المدة فيجب اثباتها بالكتابة والا اعتبرت مدة غير محدودة) لأن كل شريك يعد مـؤجرا للشريك الآخر ومستأجرا منه.

٣- ويلاحظ فى المهايأة المكانية ان مدتها لا يجوز ان تزيد على خمـس سـنين، وإذا لم تحدد لها مدة حسبت لسنة واحدة تمتد سنوات متوالية إذا لـم يعلـن الـشريك شركاءه قبل انتهاء السنة الجارية بثلاثة اشهر انه لا يرغب فى مـد المـدة، وتنقلـب المهايأة المكانية الى قسمة نهائية دون أثر رجعى إذا دامت خمس عشر سنة، مـا لـم يتفق الشركاء مقدما على غير ذلك وهذا تجديد خطير فى المشروع، ولكنه تجديد له ما يبرره، فإن المهايأة المكانية التى تدوم خمس عشرة سنة دون أن يرغب أحد فى إنهائها هى خير قسمة نهائية يستطيع الشركاء ان يصلوا إليها، وقد وصلوا إليها فعلا بالتجربة وإطمأنوا لنتائجها، فإن كانوا يريدون غير ذلك فما عليهم إلا أن يتفقوا مقدما علـى أن قسمة المهايأة لا تقلب الى قسمة نهائية.

٤- ولقسمة المهايأة حالتان خاصتان:

(أ) قسمة مهايأة مؤقتة تسبق القسمة النهائية، اذ أجاز المشرع ان يتفق الـشركاء على هذه القسمة مؤقتا حتى تتم القسمة النهائية إذا خشى من ان تطول إجراءات هـذه، فإذا لم يتفق الشركاء على قسمة المهايأة- جاز للقاضى الجزئى أن يأمر بها إذا طلـب ذلك أحد الشركاء. وفى هذا وضع حد للمنازعات التى تسبق القسمة النهائية.

(ب) حالة ما إذا رأى القاضى استمرار الشيوع لأن القسمة النهائية ضارة بمصالح الشركاء، وقد سبق ذلك فى المادة ١٢٠٢ ففى هذه الحالة يبقى الشركاء فى الشيوع. وللقاضى أن يأمر بناء على طلب أحد الشركاء بقسمة المهايأة بعد الاستعانة بخبير أو بدون استعانة وتبقى قسمة المهايأة هذه الى ان تتيسر القسمة النهائية.

ويلاحظ ان قسمة المهايأة في هاتين الحالتين الخاصتين، قد تتم، لا بناء على إتفاق ما بين الشركاء جميعا كما هو الأمر فى أكثر الاحوال، بل بناء على طلب أحد الشركاء وبأمر من القاضى، إذا كان هناك من الظروف ما يبرر فرض هذه القسمة على سائر الشركاء.

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني – الجزء ٦ – ص١٣٨ وما بعدها)

رأى الفقه:

١– بمقتضى نص المادة ٨٤٩ مدنى أجاز المشرع إتفاق الشركاء على قسمة مهايأة مؤقتة تسبق القسمة النهائية وذلك أثناء السير فى إجراءات هذا النوع الأخير من القسمة، ويكون فى الحالة التى يخشى فيها من ان تطول إجراءات القسمة النهائية، فإذا تم مثل هذا الإتفاق ظلت قسمة المهايأة نافذة حتى تتم القسمة النهائية.

فإذا تعذر إتفاق الشركاء على قسمة المهايأة، وطلب أحدهم الى القضاء ان يجرى قسمة مهايأة على هذا النحو، كان للقاضى الجزئى أن يأمر بها، وفى هذا وضع حد للمنازعات التى تسبق القسمة النهائية، ويكون للقاضى ان يستعين بخبير إذا إقتضى الأمر.

(الحقوق العينية الأصلية – للدكتور توفيق فرج – ص٢٧٧ و٢٧٨)

* * *

الشيوع الاجبارى

مـــادة (٨٥٠)

ليس للشركاء فى مال شائع ان يطلبوا قسمته، إذا تبين من الغرض الذى أعد له هذا المال انه يجب أن يبقى دائما على الشيوع.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٨٥٤ ليبى و٨٠٥ سورى و١٠٨١ عراقى و٨٤٢ لبنانى و٧٢٦ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

الشيوع الإجبارى هو شيوع دائم لا يجوز طلب القسمة فيه، فهو يختلف عن الشيوع المؤقت فيما إذا اتفق الشركاء على البقاء فى الشيوع مدة معينة. ويبرر الشيوع الدائم ان الغرض أعد له المال الشائع يقتضى أن يبقى هذا المال دائما فى الشيوع. مثل ذلك قنطرة شائعة بين الملاك المجاورين يعبرون عليها للطريق العام. فالغرض الذى أعدت له القنطرة هنا يقتضى ان تبقى شائعة، ولا يصح طلب القسمة فيها مثل ذلك ايضا الحائط المشترك وقد تقدم بيانه والأجزاء المشتركة فى ملكية الطبقات (م ١٢٢٧) وسياتى ذكرها.

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني – الجزء ٦ – ص١٤١)

رأى الفقه:

١- يؤخذ من نص المادة ٨٥٠ مدنى ان الشيوع الإجبارى يختلف عن الشيوع العادى فى ان الشيوع الإجبارى لا يجوز لأى من الشركاء طلب القسمة فيه، ذلك ان الغرض الذى أعد له المال الشائع يقتضى أن يبقى دائما على الشيوع (مثل: قنطرة شائعة بين الملاك المتجاورين يعبرون عليها للطريق العام، أو ترعة أو مصرف٦ أو طريق أو ممر مشترك...). ونظرا لما أعدت له هذه الامثلة من غرض مشترك، يكون الشيوع اجباريا ولا تجوز القسمة. وتترتب على هذا الشيوع الإجبارى نتائج هامة، نذكر منها ما يلى:

(١) إذا فصل الطريق المشترك بين بناءين، فلمالك كل بناء ان يفتح مطلا مواجها على جاره، والمسافة التى يتركها هى متران من حافة الطريق الملاصقة لأرض الجار (لا من منتصف الطريق كما ينبغى ان يكون الأمر لو ان الوضع كان ملكية مفرزة لنصف الطريق مصحوبة بحق إرتفاق بالمرور).

(٢) لا يسقط حق المالك المجاور بعدم استعمال الطريق (كما كان ينبغى ان يسقط لو ان له فقط حق إرتفاق بالمرور فى النصف الثانى من الطريق).

(٣) لا يسرى على حق المالك المجاور بعض أحكام خاصة بحقوق الإرتفاق (وكانت تسرى لو ان حقه كان حق ملكية مفرزة مصحوبة بحق إرتفاق بالمرور)،

وهذه الأحكام الخاصة، نصت عليه المادتان ١٠٢٨ و١٠٢٩ مدنى. هذا، ويختص الشيوع الإجبارى- فى مثل الطريق المشترك- بأحكام، نذكر منها ما يلى:

١- لا يجوز التغيير فيما أعد له الطريق من غرض الا بموافقة جميع الشركاء، ولا يجوز لأى منهم ان ينفرد بادخال تعديل فى الطريق يكون من شأنه ان يعطل هذا الغرض، حتى لو كان الذى يقوم بهذا التعديل مالك له بناءان على حافتى الطريق مواجهان احدهما للآخر وكان التعديل مقصورا على الجزء من الطريق الذى يفصل ما بين هذين البناءين.

٢- تكون نفقات صيانة الطريق، ليبقى مؤديا للغرض الذى أعد له، على الشركاء بنسبة مصلحة كل منهم.

٣- يجوز لأى من الشركاء ان يتحلل من التزامه العينى بالمساهمة فى نفقات صيانة الطريق، وذلك بتركه حصته الشائعة فى ملكية الطريق.

٤- لا يجوز لأى من الشركاء ان يطلب القسمة لأن الشيوع إجبارى، كما لا يجوز ان يتصرف فى حصته فى الطريق مستقلة عن العقار المملوك له ملكية مفرزة.

(الوسيط – ٨ – للدكتور السنهوري – المرجع السابق – ص٩٨٦ وما بعدها)

٢- الشيوع الإجبارى هو الشيوع الذى يجب ان يبقى على الدوام بحيث لا يجوز طلب القسمة فيه، وذلك مراعاة للغرض الذى أعد له المال الشائع. وقد عنى الشارع فى قوانين البلاد العربية بتنظيم بعض حالات الشيوع الإجبارى نظرا لأهميتها، كما هى الحال فى الحائط المشترك، وكذلك الأجزاء المشتركة فى الدار المقسمة الى طبقات أو شقق كل منها لمالك على استقلال. ويمكن ان نرد حالات الشيوع الإجبارى الى نوعين:

(١) شيوع إجبارى أصلى- أى أن الأشياء الشائعة لا تكون تابعة لعقار، وانما توجد مستقلة وتكون مخصصة لخدمة أو إستعمال جماعة من الافراد كمدافن الأسرة وصورها ووثائقها.

(٢) شيوع إجبارى تبعى- أى أن تكون الأشياء الشائعة تابعة لعقارات يملكها ملاك مختلفون لكل منهم ملكية مفرزة، وتعتبر من الملحقات الضرورية المخصصة لخدمة هذه العقارات. وهذا النوع من الشيوع الإجبارى هو النوع الهام الغالب الوقوع، ومن صورة الحائط المشترك، الأجزاء المشتركة فى ملكية الطبقات أو الشقق، والمستقاة الخاصة التى تكون مملوكة لعدة ملاك ومخصصة لرى أراضيهم، والقناطر والممرات والآبار والافنية التى يكون كل منها مملوكا لعدة ملاك ومخصصة لخدمة عقاراتهم. فالعبرة اذن بالغرض الذى أعد له المال الشائع، فإذا كان هذا الغرض يقتضى ان يبقى المال دائما على الشيوع كان الشيوع اجباريا، وهذه مسالة موضوعية. فقاضى الموضوع هو الذى يقدر ما إذا كان المال الشائع ضروريا للاستعمال المشترك، وما إذا كانت القسمة من شأنها ان تعوق استعمال هذا المال أو تجعل الإنتفاع به على النحو الذى اعد له مستحيلا.

والواقع ان الشيوع الإجبارى لا ينطوى على المساوئ التى فى الشيوع العادى، لأنه لا يعطل الإنتفاع بهذا المال على خير وجه، وبذلك يستجيب لغرض اقتصادى هام

هو كفالة إستغلال العقارات التى خصص المال الشائع لخدمتها، كما انه ليس من شأنه ان يعطل تداول المال بل يسهل التداول.

وحق الشريك فى الشيوع الإجبارى هو حق ملكية بالمغنى الحقيقى، وهذا الحق يرد على الشئ الشائع فى مجموعة فلا يتركز فى جزء معين منه – شأنه فى ذلك شأن حق الشريك فى الشيوع العادى.

ويترتب على ان حق الشريك حق ملكية وليس حق إرتفاق نتائج هامة:

(١) فلا يسقط حق الشريك بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة، وذلك على خلاف حق الإرتفاق (م ١/١٠٢٧ مدنى مصرى).

(٢) لا ينطبق حكم الإرتفاق الذى يقضى بأنه إذا كان الموضع الذى عين أصلا قد اصبح من شأنه ان يزيد فى عبء الإرتفاق، أو أصبح الإرتفاق مانعا من احداث تحسينات فى العقار المرتفق به (م١٠٢٣ مدنى مصرى). فلا يجوز لأى من الشركاء ان يطلب تغيير الموضع المملوك على الشيوع.

(٣) إذا كان المال الشائع فناء أو ممرا مشتركا يفصل بين ابنية الملاك كان لكل منهم ان يفتح مطلا مواجها على الفناء أو الممر إذا كان عرض هذا أو ذاك لا يقل عن المسافة القانونية. ولو ان حق الشريك كان حق الإرتفاق لوجبت مراعاة المسافة القانونية بين حافة المطل ومنتصف عرض الفناء أو الممر. على انه قد يحصل ان يكون الشئ المخصص لخدمة العقارات المجاورة مملوكا ملكية مفرزة لمالك أحد هذه العقارات ومقرر عليه حق إرتفاق لصالح العقارات الاخرى. وفى هذه الحالة لا نكون بصدد شيوع إجبارى، بل نكون بصدد ملكية مفرزة مجملة بحق إرتفاق فتنطبق حينئذ أحكام الارتفاق.

ونظرا الى طبيعة الشيوع الإجبارى فان للشريك فى هذا الشيوع سلطة استعمال الشئ الشائع على نحو اوسع مما له فى الشيوع العادى، فله ان يستعمل الشئ الشائع وفقا لطبيعته وللغرض الذى خصص له، كأن يفتح مطلات على الفناء المشترك إذا كان عرضه لا يقل عن المسافة القانونية أو يصرف فيه مياه الامطار إذا كانت حالة الفناء تسمح بذلك وكان هذا لا يؤثر على حقوق الشركاء الاخرين فى استعمال الفناء– وله فى هذه الحدود ان يحدث تعديلات فى الشئ، كأن يعلى ارض الطريق المشترك أو يقيم سورا على جانبيه ما دام ان ذلك لا يعرقل المرور فيه أو يجعله اكثر مشقة.

ويمكن ان يقال بصفة عامة ان الشريك يحق ان يستعمل الشئ المشترك كما لو كان مملوكا له ملكية خالصة، وذلك بشرطين:

الاول– ألا يترتب على هذا الاستعمال تعديل فى الغرض الذى خصص له الشئ أو اضرار بحقوق الشركاء الاخرين كأن يكون الفناء المشترك مخصصا للمرور والتهوية ونفاذ الضوء فيقيم فيه الشريك بناء أو يضع فيه ادوات أو يحوطه بسور.

الثانى– ألا يستعمل الشئ فى خدمة عقارات اخرى غير التى خصص لخدمتها.

(الملكية في البلاد العربية – ٢ – الملكية الشائعة – للدكتور عبد المنعم فرج الصده – المرجع السابق – ص٩٦ وما بعدها)

ملكية الأسرة

مادة (٨٥١)

لأعضاء الأسرة الواحدة الذين تجمعهم وحدة العمل أو المصلحة أن يتفقوا كتابة على إنشاء ملكية للأسرة. وتتكون هذه الملكية اما من تركة ورثوها واتفقوا على جعلها كلها أو بعضها ملكا للأسرة وأما من أى مال آخر مملوك لهم إتفقوا على إدخاله فى هذه الملكية.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٨٥٥ ليبى و٨٠٦ سورى.

الأعمال التحضيرية:

يراجع- لاحقا- التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد على نص المادة ٨٥٥ مدنى.

رأى الفقه:

١- نظم المشرع ملكية الأسرة كضرب من الشيوع الإجبارى القائم على الإتفاق الضمنى فى المواد من ٨٥١ حتى ٨٥٥ مدنى، فهذه من القواعد التى تسرى عليه، وبسط رقابة كافية على ادارة الأموال، وافسح مجال الخروج منه لمن اراد من الشركاء.

وقد نصت المادتان ٨٥١ و٨٥٢ مدنى على اركان ملكية الأسرة الاربعة، فتضمنت المادة ٨٥١ مدنى النص على أحكام ثلاثة اركان منها، وتضمنت المادة ٨٥٢ مدنى النص على أحكام الركن الرابع.

وهذه الأركان الاربعة، هى:

(١) إتفاق مكتوب- فيجب أن يتفق أعضاء الأسرة الواحدة فيما بينهم على إنشاء ملكية الأسرة اتفاقا مكتوبا- كما تصرح بذلك المادة ٨٥١ مدنى، والكتابة هنا للإنعقاد لا للإثبات، فالإتفاق غير المكتوب يكون باطلاً ولو أقر به المتعاقدين أو وجهت فيه اليمين، لأن ملكية الأسرة تدوم عادة مدة طويلة قد تصل الى خمسة عشر عاما، فوجب ان يكون الإتفاق مكتوبا حتى يرجع إليه عند الحاجة طوال هذه المدة، ولكن من جهة اخرى لا يشترط ان تكون الكتابة رسمية فالكتابة العرفية تكفى.

والإتفاق هو تراضى على انشاء ملكية، ويشترط فيه بهذا الوصف توافر الأهلية فى أعضاء الأسرة المتعاقدين، والأهلية هنا اعلى من أهلية الادارة، ومن ثم يجب توافر أهلية التصرف. فلابد فيمن يدخل عضوا فى ملكية الأسرة ان يكون كامل الأهلية أى بالغاً سن الرشد غير محجوز عليه. فإذا كان غير متوافر الأهلية، وجبت مراعاة الأحكام التى قررها قانون الولاية على المال فى شأن التصرف فى أموال

القاصر. وعلى ذلك إذا كان بين أعضاء الأسرة من هو قاصر أو محجور عليه وجب على الوصى أو القيم الحصول على اذن المحكمة لادخال ماله ضمن ملكية الأسرة.

(٢) أعضاء أسرة واحدة- ويجب ان تتسع عضوية الأسرة لتشمل الزوج والزوجة فضلا عن ذوى القربى، فيجب فهم الأسرة فهما مرنا يتكيف بحسب الظروف.

(٣) أموال مملوكة لأعضاء الأسرة- اى ان يكون المال الذى يقدمه عضو الأسرة مملوكا له ملكية حالة، فلا يجوز ان تتكون ملكية الأسرة من أموال مستقبلة كأن تكون تركة مستقبلة لأن التعامل فى تركة مستقبلة ولو بطريق تكوين ملكية الأسرة باطل.

ويصح ان يكون المال عقارا أو منقولا- وان كان الغالب ان يكون عقارا أو منقولا معنويا كالمتجر والمصنع، وإذا كان عقارا وجب تسجيله (٩ ق ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بشأن الشهر العقارى) حتى لو كان هذا العقار مملوكا على الشيوع بين أعضاء الأسرة قبل الإتفاق على انشاء ملكية الأسرة.

(٤) مدة لا تزيد على خمس عشرة سنة- فملكية الأسرة يجب ان تكون مؤقتة، ولا يجوز ان تزيد المدة فيها خمس على عشرة سنة.

ويجب التمييز هنا بين فرضين:

(أ) اما ان تكون قد حددت فى الإتفاق مدة- وفى هذه الحالة وجب الا تزيد على خمس عشرة سنة. فملكية الأسرة اذن اطول بقاء واكثر استقرار من الشيوع العادى.

(ب) واما ان لا تحدد لملكية الأسرة مدة فى الإتفاق- فعندئذ يكون لكل شريك ان يخرج نصيبه منها بعد ستة اشهر من يوم ان يعلن الى الشركاء رغبته فى اخراج نصيبه (م ٢/٨٥٢ مدنى). فالإتفاق غير محدد المدة على ملكية الأسرة يكون اذن عرضة لأن يخرج أى شريك منه بعد ستة اشهر من إعلان يوجهه الى سائر الشركاء، ولا يشترط شكل خاص فى الإعلان، فقد يكون انذارا على يد محضر، وقد يكون كتابا مسجلا أو غير مسجل، وقد يكون شفويا ولكن يقع عبء اثباته على الشريك الخارج. وفى ملكية الأسرة الزراعية تراعى المواعيد التى يحددها العرف الزراعى.

(**الوسيط – ٨ – للدكتور السنهوري – المرجع السابق – ص١٠٤٣ وما بعدها**)

٢- ملكية الأسرة عبارة عن ملكية شائعة تنشأ بإتفاق أعضاء الأسرة، فهى صورة خاصة للملكية الشائعة، حيث تختص بشروط وأحكام تميزها عن الشيوع العادى.

يحدث كثيرا ان يبقى افراد الأسرة فى الشيوع بالنسبة الى الأموال التى ورثوها مدة طويلة- وذلك لما يجمع بينها من وحدة المصلحة أو العمل، كأن تكون التركة منزلا يسكنونه جميعا أو تكون ارضا زراعية يوحدون ادارتها.

وقد رأى الشارع المصرى والسورى والليبى ان يستجيب لهذا الوضع العملى، فاستحدث نظام ملكية الأسرة، وهو نظام مقتبس من القانون السويسرى والمشروع الايطالى. اما القانون العراقى واللبنانى فلم يرد فيهما تنظيم خاص لهذه الصورة من الملكية.

٣- نظم القانون المدنى ملكية الأسرة فى المادة ٨٥١ وما بعدها على غرار ما فعله القانون السويسرى ومشروع التقنين المدنى الايطالى، ومع ذلك فان هذا التنظيم لا يغنى عن تطبيق القواعد العامة فى الشيوع.

وقد راعى المشرع فى شان هذا النظام ما يربط بين افراد الأسرة الواحدة من صلات لا تقوم عادة فى حالة الشيوع العادى بين الشركاء، فقد يحدث ان يرث افراد الأسرة مالا، ويرون من الافضل الافادة منه مجتمعين دون لجوء الى قسمة كمحل تجارى أو منزل سكنى أو مصنع، وفى هذه الحالة يتفقون على جعل هذا المال الموروث كله أو بعضه ملكا للأسرة، وقد يحدث ان يقدم افراد الأسرة أموالا مملوكة لهم دون ان يرثوها ويتفقون على ادخالها فى ملكية الأسرة لكى يستثمرها معا.

وهذا النوع من الملكية ينشأ بين أعضاء الأسرة الواحدة، ولم يحدد القانون المقصود بأعضاء الأسرة هنا، ولا نرى قصر الأمر على ذوى القربى الذين يجمعهم أصل مشترك، بل نرى مع فريق من الفقهاء ان يدخل فى هذا المجال الزوجان كذلك، بإعتبار ان أساس فكرة ملكية الأسرة تقوم على الرابطة القوية التى تجمع بين الأعضاء، ولاشك انها تكون كذلك بين الزوجين خاصة إذا كان الجامع بين الأعضاء فى هذه الملكية هو وحده العمل والمصلحة كما يقضى القانون (م ٨٥١ مدنى).

(الحقوق العينية الأصلية – للدكتور توفيق فرج – المرجع السابق – ص٢٧٩ وما بعدها)

التعويض عن نزع ملكية أراضى النوبة التى تغمرها مياه السد العالى جوازه عيناً كله أو بعضه. مؤداه. لصاحب الشأن الخيار في الحصول عليه نقداً أو عيناً. ق٦٧ لسنة ١٩٦٢. التعويض العينى.

(الطعن ٤٨٩٧ لسنة ٦٣ق جلسة ١٩٩٤/٦/٣٠ س٤٥ ص١١٤٩)

القضاء بأحقية المطعون ضدها في الإنتفاع بإحدى وحدات المسكن الجديد والإقامة فيها بإعتبارها من أفراد الأسرة دون أن يفطن الحكم إلى أن المسكن الجديد تم تمليكه لمورثة الطاعن وحدها تعويضاً عن نزع ملكية منزلها بالنوبة القديمة وأن المطعون ضدها لا تعتبر من أفراد أسرتها في معنى المادة ١٢ من قرار وزير الشئون الإجتماعية رقم ١٠٦ لسنة ١٩٦٢. خطأ.

(الطعن ٤٨٩٧ لسنة ٦٣ق جلسة ١٩٩٤/٦/٣٠ س٤٥ ص١١٤٩)

* * *

مـادة (٨٥٢)

(١) يجوز الإتفاق على انشاء ملكية الأسرة لمدة لا تزيد على خمس عشرة سنة، على انه يجوز لكل شريك ان يطلب من المحكمة الاذن له فى اخراج نصيبه من هذه الملكية قبل إنقضاء الاجل المتفق عليه إذا وجد مبرر قوى لذلك.

(٢) وإذا لم يكن للملكية المذكورة اجل معين، كان لكل شريك ان يخرج نصيبه منها بعد اشهر من يوم ان يعلن الى الشركاء رغبته فى اخراج نصيبه.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٨٥٦ ليبى و٨٠٧ سورى.

الأعمال التحضيرية:

يراجع- لاحقا- التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد على نص المادة ٨٥٥ مدنى.

رأى الفقه:

يراجع التعليق بالفقه الوارد على نص المادة ٨٥١ مدنى.

* * *

obeikan.com

مادة (٨٥٣)

(١) ليس للشركاء ان يطلبوا القسمة ما دامت ملكية الأسرة قائمة. ولا يجوز لأى شريك ان يتصرف فى نصيبه لأجنبى عن الأسرة الا بموافقة الشركاء جميعا.

(٢) وإذا تملك اجنبى عن الأسرة حصة أحد الشركاء برضاء هذا الشريك أو جبرا عليه، فلا يكون الاجنبى شريكا فى ملكية الأسرة برضائه ورضاء باقى الشركاء.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٨٥٧ ليبى و٨٠٨ سورى.

الأعمال التحضيرية:

يراجع- لاحقا- التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد على نص المادة ٨٥٥ مدنى.

رأى الفقه:

١- ما دامت ملكية الأسرة قائمة فلا يجوز لأى من الشركاء ان يطلب القسمة. واستثناء من هذه القاعدة، فانه يجوز لكل شريك ان يطلب من المحكمة الاذن له فى اخراج نصيبه من الملكية قبل إنقضاء الاجل المتفق عليه، إذا وجد مبرر قوى لذلك (م١/٨٥٣ مدنى) ، فقد تجد لدى أحد الشركاء قبل إنقضاء المدة المحددة للبقاء فى ملكية الأسرة حاجة ملحة تدعو به للخروج منها، كأن ينتقل مثلا من الجهة التى كان يقيم بها بجوار ملكية الأسرة، فلا يعود مستطيعا ان يتابع سير عمل وادارة هذه الملكية- أو ان يقع بينه وبين أعضاء الأسرة خلافا لا امل فى تسويته.

(الحقوق العينية الأصلية – للدكتور محمد على عمران – المرجع السابق – ص٢٦٢)

٢- فيما يتعلق بالتصرف- فى ملكية الأسرة- ففضلا عن إنه لا يجوز للشريك أن يطلب القسمة ما دامت الأسرة قائمة، فإنه لا يجوز له أيضا أن يتصرف فى نصيبه لأجنبى عن الأسرة الا بموافقة الشركاء جميعا (م١/٨٥٣ مدنى مصرى، والمادتان المتطابقان ١/٨٥٨ سورى و١/٨٥٧ ليبى). لكن يجوز له ان يتصرف فى نصيبه لأحد الشركاء، كما يجوز لدائن أحد الشركاء ان ينفذ على على نصيبه فيباع جبرا لأجنبى، فإذا تملك اجنبى حصة أحد الشركاء سواء كان ذلك فى بيع جبرى أو كان فى بيع اختيارى برضاء الشريك وموافقة سائر الشركاء، فلا يشترك هذا الاجنبى مع ذلك فى ملكية الأسرة الا بإتفاق بينه وبين باقى الشركاء (م ٢/٨٥٣ مدنى مصرى وم ٨٠٨ /٢ سورى و٢/٨٥٧ ليبى). والغرض من هذا التقييد ان تبقى الملكية مقصورة على افراد الأسرة بقدر الامكان.

(الملكية في قوانين البلاد العربية – ٢ – للدكتور عبد المنعم الصده – المرجع السابق – ص١٠٥)

مادة (٨٥٤)

(١) للشركاء اصحاب القدر الاكبر من قيمة الحصص ان يعينوا من بينهم للادارة واحدا أو اكثر، وللمدير ان يدخل على ملكية الأسرة من التغيير فى الغرض الذى اعد له المال المشترك ما يحسن به طرق الإنتفاع بهذا المال، ما لم يكن هناك إتفاق على غير ذلك.

(٢) ويجوز عزل المدير بالطريقة التى عين بها ولو اتفق على ذلك، كما يجوز للمحكمة ان تعزله بناء على طلب اى شريك إذا وجد سبب قوى يبرر هذا العزل.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٧٥٨ ليبى و ٨٠٩ سورى.

الأعمال التحضيرية:

راجع- لاحقا- التعليق بالأعمال التحضيرية- الوارد على نص المادة ٨٥٥ مدنى.

رأى الفقه:

١- تتميز ادارة ملكية الأسرة بانه يجوز للشركاء ان يعينوا شريكا منهم أو اكثر لادارة هذه الملكية (م ١/٨٥٤ مدنى). ويؤخذ من نص المادة ١/٨٥٤ مدنى ان من يملك تعيين المدير أو المديرين هم اصحاب القدر الاكبر من قيمة الحصص، اى أغلبية الشركاء محسوبة على أساس قيمة الانصباء، وان المدير أو المديرين الذين يختارهم الشركاء لابد ان يكونوا من بين الشركاء انفسهم، فلا يصح ان يكون المدير اجنبيا كما يصح ذلك فى الشيوع العادى.

وكما يعين المدير بأغلبية الشركاء، كذلك يجوز عزله بالأغلبية عينها، حتى لو اتفق الشركاء على عدم جواز عزله، بل انه يجوز للمحكمة عزل المدير دون حاجة الى أغلبية الشركاء إذا طلب عزله أحد الشركاء ووجد سبب قوى يبرر هذا العزل، كأن كان المدير غير صالح لمهمته أو كان غير امين.

ولمدير ملكية الأسرة سلطات واسعة تزيد كثيرا على سلطات المدير فى الشيوع العادى، فلا معقب على ادارة المدير غير العادية.

على انه إذا جاز لمدير ملكية الأسرة، فى ادارته غير العادية، ان يدخل على هذه الملكية من التغيير فى الغرض الذى اعد له المال المشترك ما يحسن به طرق الإنتفاع بهذا المال، الا انه يرد على سلطته هذه قيدان:

الاول- انه لا يملك ادخال تعديلات فى ملكية الأسرة ذاتها بأن يبدل أموالا ببعض أموالها، وكل ما يملكه هو التعديل فى الغرض الذى اعد له المال لا التعديل فى المال ذاته.

الثانى– انه يجوز للشركاء، بالأغلبية العادية ان يقيدوا من سلطات المدير الواسعة، سواء عند تعيينه أو بعد تعيينه، فيقصروها مثلا على الادارة العادية، ان يقيدوا من سلطات المدير الواسعة، سواء عند تعيينه أو بعد تعيينه، فيقصروها مثلا على الادارة العادية، أو يشترطوا موافقة الأغلبية على الادارة غير العادية.

(الوسيط – ٨ – للدكتور السنهوري – المرجع السابق – ص١٠٥٦ وما بعدها)

٢– فيما يتعلق بالادارة يكون لأغلبية الشركاء على أساس قيمة الانصباء ان يعينوا من بينهم للادارة مديرا أو اكثر. ولهذا المدير سلطة اوسع من سلطة المدير فى الشيوع العادى، فرغم ان الأغلبية التى تعينه هى الأغلبية العادية، فان له ان يقوم بأعمال الادارة المعتادة وغير المعتادة (م ١/٨٥٤ مدنى مصرى و١/٨٠٩ سورى و١/٨٥٨ ليبى)، فهذه السلطة الواسعة تثبت للمدير الذى تعينه الأغلبية الا إذا كان هناك إتفاق خاص على سلبه اياها.

وتلتزم الأقلية بقرار الأغلبية، وتعتبر حينئذ نائبة نيابة قانونية عن الأقلية. وليس للأقلية ان تتظلم من قرار الأغلبية، لكن يجوز لكل شريك ان يطلب من المحكمة عزل المدير إذا وجد سبب قوى يبرر هذا العزل، كأن يكون سئ الادارة أو يصدر منه خطأ جسيم، كما يجوز للأغلبية التى عينت المدير ان تعزله، ولو كان هناك إتفاق على غير ذلك (م ٢/٨٥٤ سورى و٢/٨٥٨ ليبى).

(الملكية في قوانين البلاد العربية – ٢ – للدكتور عبد المنعم الصده – المرجع السابق – ص١٠٤ و١٠٥)

٣– الأصل ان ادارة ملكية الأسرة من حق الشركاء جميعا، الا ان المشرع اجاز للشركاء اصحاب القدر الاكبر من قيمة الحصص ان يعينوا من بينهم للادارة واحدا أو اكثر (م ١/١٥٤ مدنى). فيجب ان يكون المدير المختار من قبل الشركاء اصحاب القدر الاكبر من قيمة الحصص من بين الشركاء لا اجنبيا عنهم.

ويملك هذا المدير ان يقوم باعمال الادارة المعتادة وغير المعتادة، فله ان يدخل على ملكية الأسرة من التغيير فى الغرض الذى اعد له المال المشترك ما يحسن به طرق الإنتفاع بهذا المال، وبذلك تتسع سلطات المدير هنا عن سلطاته فى الشيوع العادى، فله فى الاول دون الثانى القيام باعمال الادارة غير المعتادة (م ١/٨٥٤ مدنى).

بيد انه يجوز لأغلبية الشركاء فى ملكية الأسرة ان يقيدوا من سلطات المدير، كأن لا يكون له مثلا سوى القيام بأعمال الادارة المعتادة.

ويجوز لأغلبية الشركاء ايضا– والمقصود بها هنا الأغلبية على أساس قيمة الأنصباء– عزل المدير ولو إتفق على غير ذلك، كما يجوز أيضا للمحكمة أن تعزله بناء على طلب اى شريك إذا وجد سبب قوى يبرر هذا العزل (م ٢/٨٥٤ مدنى).

(الحقوق العينية الأصلية – للدكتور محمد على عمران – المرجع السابق – ص٣٦٣)

* * *

مـادة (٨٥٥)

فيما عدا الأحكام السابقة تنطبق قواعد الملكية الشائعة وقواعد الوكالة على ملكية الأسرة.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٨٥٩ ليبى و ٨١٠ سورى.

الأعمال التحضيرية:

١- تعرض (المواد ١٢٢٣- ١٢٢٦) لملكية الأسرة، وهى ملكية استحدثها المشروع عن التقنين السويسرى والمشروع الايطالى على ان الأسرة فى مصر قائمة بالفعل، فان كثيرا من الاسرات يبقى فى الشيوع بعد موت المورث، ولا ينقص هذه الملكية الا بالتنظيم. وهذا ما فعله المشروع، فقد اعطى لأعضاء الأسرة الواحدة الحق فى ان يتفقوا على انشاء ملكية للأسرة (م ١٢٢٢). فيجب ان يكون الشركاء اذن أعضاء أسرة واحدة، ولا يشترط ان يكونوا اخوة، وانما يشترط ان تجمعهم وحدة مشتركة فى العمل أو المصلحة، كما إذا اتفق أعضاء الأسرة على إستغلال مال الأسرة استغلالا معينا يقتضى وحدة الادارة، وكما إذا كان مال الأسرة تركة يحسن بقاؤها كتلة متماسكة حتى يمكن استغلالها على خير الوجوه. ويجب ان يكون الإتفاق كتابية، والكتابة هنا شرط للانعقاد لا لمجرد الإثبات. وتتكون ملكية الأسرة عادة من تركة يبقيها الورثة، كلها أو بعضها فى الشيوع سعيا وراء حسن الإستغلال، ويجوز ان يتفق أعضاء الأسرة على تكوين ملكيتها من مال يقدمه كل منهم ولا يكون من تركة مشتركة، وهذا أقرب الى الشركة، ويكون المقصود من ذلك إستغلال هذا المال استغلالا معينا يقتضى وحدة الادارة (م ١٢٢٢).

والمدة التى تبقى فيها ملكية الأسرة يجب الا تزيد على خمس عشرة سنة. وفى هذا تتميز ملكية الأسرة عن الشيوع العادى تميزا واضحا، فقد تقدم ان الإتفاق على الشيوع العادى يجب ان يكون لمدة لا تزيد على خمس سنوات. وإذا اتفق أعضاء الأسرة على مدة تزيد على خمس عشرة سنة انقصت الى هذا الحد، ولكن لا يوجد ما يمنع من تجديد المدة بعد إنقضائها. على انه يجوز لكل شريك ان يطلب من المحكمة الاذن له فى اخراج نصيبه من هذه الملكية قبل انتهاء الاجل المتفق عليه إذا كان هناك مبرر قوى لذلك، كما إذا اقتضت ظروفه الخاصة ان ينقل عمله الى مقر آخر، أو احتاج الى مال، أو وقع بينه وبين أعضاء الأسرة خلاف لا امل فى تسويته (م ١٢٢٣ فقرة ١). وقد لا يحدد اجل لملكية الأسرة، فلكل شريك فى هذه الحالة ان يخرج نصيبه منها بعد ستة اشهر من يوم إعلان الشركاء برغبته، أو بعد المدة التى يحددها العرف فى الملكية الزراعية (م ١٢٢٣ فقرة ٢).

٢- بقى تحديد النظام الذى تخضع له ملكية الأسرة. ولهذا النظام خاصيتان تتعلق احداهما بالتصرف والاخرى بالادارة.

فملكية الأسرة، الى انها لا تجوز فيها المطالبة بالقسمة، لا يجوز ايضا للشريك فيها ان يتصرف فى نصيبه لأجنبى عن الأسرة الا بموافقة الشركاء جميعا (مادة ١٢٢٤ فقرة ١)، ولكن يجوز له ان يتصرف فى نصيبه لأحد الشركاء، كما يجوز لدائن أحد الشركاء ان ينفذ على نصيب مدينه وان يبيعه جبرا لأجنبى. فإذا تملك اجنبى حصة أحد الشركاء، سواء كان ذلك فى بيع جبرى أو كان فى بيع اختيارى برضاء الشريك وموافقة سائر الشركاء، فلا يشترك هذا الاجنبى مع ذلك فى ملكية الأسرة الا بإتفاق بينه وبين باقى الشركاء (مادة ١٢٢٤ فقرة ٢). والغرض من هذا التقييد ان تبقى الملكية مقصورة على افراد الأسرة بقدر الامكان.

وتمتاز ملكية الأسرة فى ادارتها بأن أغلبية الشركاء (على أساس قيمة الانصباء) يعينون مديرا من بينهم. ولهذا المدير سلطة اوسع من سلطة المدير فى المال الشائع التى سبق تحديدها. فهو يقوم بأعمال الادارة المعتادة وغير المعتادة، فله ان يدخل على الملكية من التغييرات ومن التعديل فى الغرض أعدته له ملكية الأسرة ما يحسن به طرق الإنتفاع، الا إذا سلب المدير هذه السلطة الواسعة بإتفاق خاص. وليس للأقلية ان تتظلم من عمل معين من اعمال الادارة، ولكن لكل شريك ان يطلب من المحكمة عزل المدير إذا وجد سبب قوى يبرر ذلك، كما يجوز للأغلبية التى عينت المدير ان تعزله.

وفى غير هاتين الخاصيتين من ناحية التصرف ومن ناحية الادارة ،تخضع ملكية الأسرة لقواعد الملكية الشائعة، ولقواعد الوكالة فيما يتعلق بأعمال المدير والتزاماته.

(مجموعة الأعمال التحضيرية – للقانون المدني – جزء ٦ – ص١٥٢ و١٥٣)

رأى الفقه:

١– تطابق المادة ٨٥٥ مدنى مصرى والمادة ٨١٠ مدنى سورى و٨٥٩ مدنى ليبى، فيما عدا ما ذكر، وهى أحكام تختص بها ملكية الأسرة، تخضع هذه الملكية لقواعد الشيوع العادى، كما تخضع فيما يتعلق بأعمال المدير والتزاماته لقواعد الوكالة، وذلك فى العلاقة بينه وبين الشركاء.

(الملكية فى قوانين البلاد العربية – للدكتور عبد المنعم الصده – المرجع السابق – ص١٠٥ و١٠٦)

من أحكام القضاء الحديثة:

١– ترتفع يد الدائنين والورثة عن التركة إذا ما تقررت التصفية ويمتنع على الدائنين العاديين من وقت قيد الأمر بتعيين المصفي إتخاذ أي إجراءات فردية على أعيان التركة حتى تتم التصفية وينوب المصفي عن التركة في الدعاوى التي ترفع منها أو عليها عملاً بالمادة ٨٨٥ من التقنين المدني إلا أن هذا لا يفقد الورثة أهليتهم ولا يحول تعيين المصفي من بقائهم معه خصوماً في الدعوى لمعاونته في الدفاع عن حقوق التركة ذلك أن المصفي ما هو إلا نائب عن الورثة نيابة قانونية خوله الشارع بمقتضاها تمثيلهم أمام القضاء وفحص وحصر وسداد ديون التركة التي يتولى إدارتها نيابة عنهم، وإذ كان الثابت أن الطاعن بصفته مصفياً للتركة قد اختصم في الدعويين للحكم بإلزامه مع الورثة بطلبات المطعون ضده فيها وأنه حمل لواء المنازعة في تلك الطلبات فإنه يكون قد اختصم اختصاماً صحيحاً يتفق مع صفة النيابة التي أسبغها عليه

القانون عن التركة ويكون الحكم الصادر في هاتين الدعويين قد صار ضد التركة في مواجهة الطاعن بصفته الممثل القانوني لها.

(**الطعن رقم ٣٦٤ ـ لسنة ٤٤ ق ـ تاريخ الجلسة ١٣ / ٠٢ / ١٩٧٨**)

٢- ومن حيث أنه بالرجوع إلى القانون المدني تبين أنه ينص في المادة ٨٨٥ منه على أنه "على المصفي في أثناء التصفية أن يتخذ ما تتطلبه أموال التركة من الوسائل التحفظية وأن يقوم بالأعمال الإدارية، وعليه أيضاً أن ينوب عن التركة في الدعاوى وأن يستوفي ما لها من ديون قد حلت ويكون المصفي- ولو لم يكن مأجوراً- مسئولاً مسئولية الوكيل المأجور وللقاضي أن يطالبه بتقديم حساب عن إدارته في مواعيد دورية". ويستفاد من هذا النص أنه من ضمن واجبات المصفي القيام بإدارة أموال التركة وما تتطلبه من إجراءات تحفظية وتمثيل التركة في الدعاوى وهو- بهذه المثابة- يعتبر وكيلاً عن الورثة ونائباً قانونياً عنهم، ومن ثم فإن المصفي يقوم مقام الخصم الذي توفى بصدد تطبيق المادة ١٣٣ من قانون المرافعات التي تنص على أن "تستأنف الدعوى سيرها بصحيفة تعلن إلى من يقوم مقام الخصم الذي توفى أو فقد أهليته للخصومة أو زالت صفته بناء على طلب الطرف الآخر أو بصحيفة تعلن إلى هذا الطرف بناء على طلب أولئك.." ومؤدى ذلك أن مصفي تركة المتوفى يعتبر ذا صفة في مباشرة إجراءات الدعاوى الخاصة بهذه التركة ومن بينها طلب إستئناف السير في الدعاوى التي إنقطعت فيها الخصومة بسبب وفاة صاحب تلك التركة.

(**الطعن رقم ١٨٢٦ ـ لسنة ٢٧ ق ـ تاريخ الجلسة ٠٥ / ١١ / ١٩٨٣**)

* * *

ملكية الطبقات

مادة (٨٥٦)

(١) إذا تعدد ملاك طبقات الدار أو شققها المختلفة، فانهم يعدون شركاء فى ملكية الارض وملكية أجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك بين الجميع، وبوجه خاص الاساسات والجدران الرئيسية والمداخل والافنية والاسطح والمصاعد والممرات والدهاليز وقواعد الارضيات وكل انواع الانابيب الا ما كان منها داخل الطبقة أو الشقة، كل هذا ما لم يوجد فى سندات الملك ما يخالفه.

(٢) وهذه الأجزاء المشتركة من الدار لا تقبل القسمة، ويكون نصيب كل مالك فيها بنسبة قيمة الجزء الذى له فى الدار، وليس لمالك ان يتصرف فى نصيبه هذا مستقلا عن الجزء الذى يملكه. والحواجز الفاصلة بين شقتين تكون ملكيتها مشتركة بين اصحاب هاتين الشقتين.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٨٦٠ ليبى ومادة ٨١١ سورى.

الأعمال التحضيرية:

ملكية الطبقات تشتمل على ملكية مفرزة هى الطبقات والشقق المختلفة التى يحتويها المنزل والتى يملكها مفرزة ملاك متعددون، وعلى ملكية شائعة شيوعا اجباريا هى أجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك بين الجميع. وقد مثلت المادة ١٢٢٧ من المشروع لهذه الأجزاء الشائعة بالاساسات، والجدران الرئيسية (وذلك غير الجدران الخاصة بكل طبقة. وغير الحواجز الفأصلة بين شقتين فهذه تكون ملكيتها مشتركة بين اصحاب هاتين الشقتين وغيرهما)، والمداخل والافنية، والاسطح، والسلم، والمصاعد، والممرات، والدهاليز، وقواعد الارضيات وكل انواع الانابيب (للمياه والغاز والنور... الخ) الا ما كان منها داخل الطبقة أو الشقة، هذا عدا الارض التى اقيم عليها البناء فهى ملك مشترك للجميع، وكل ذلك ما لم يوجد فى سندات الملك ما يخالفه. ويجرى على هذه الأجزاء المشتركة حكم الشيوع الإجبارى فلا تقبل القسمة. ويكون نصيب كل مالك ان يتصرف فى نصيبه مستقلا عن الجزء المفرز الذى يملكه لما بين الشيئين من علاقة التبعية.

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني – الجزء ٦ – ص١٥٦ و١٥٧)

رأى الفقه:

١- يتبين من نص المادة ٨٥٦ مدنى ان فى الدار المملوكة الطبقات أو الشقق لملاك مختلفين أجزاء مفرزة كل جزء منها يملكه هؤلاء الملاك مستقلا، وأجزاء شائعة شيوعا دائما بين هؤلاء الملاك جميعا.

فالأجزاء المفرزة فى البناء متعددة الطبقات هى عادة الطبقات والشقق التى ينقسم إليها البناء، فكل طبقة أو شقة فى البناء تكون مملوكة ملكية مستقلة لأحد الاشخاص. وتشمل الطبقة أو الشقة كل ما تحتويه مما هو معد للاستعمال الخاص بالمالك- كالحواجز الفأصلة بين الحجرات وانابيب المياه والغاز واسلاك الكهرباء والادوات الصحية والابواب والنوافذ والشرفات. ولملاك الطبقات أو الشقق ما للملاك من حقوق، من استعمال بالسكنى فيها، أو إستغلال بالتأجير، أو التصرف بالبيع والهبة والرهن. على ان يغلو فى الاستعمال بما يضر بالجيران.

أما الأجزاء الشائعة فهى أجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك بين الجميع، فيدخل ضمن الأجزاء الشائعة ما ذكرته المادة ١/٨٥٦ مدنى ليس على سبيل الحصر، من ارض اقيم عليها البناء ومن اساسات وحدائق رئيسية ومداخل وافنية واسطح ومصاعد وممرات ودهاليز وقواعد الارضيات والاسقف وانابيب المياه والغاز واسلاك الكهرباء الا ما كان داخلا بالشقة أو الطبقة والسلم وغرفة البواب ومحل سكنه والحديقة المشتركة، وبالجملة كل ما كان معدا للاستعمال المشترك بين الجميع.

والأصل ان تحدد سندات الملك الأجزاء الشائعة والأجزاء المفرزة فى البناء- وتشتمل على تقدير لقيمة الأجزاء المفرزة للاستعانة بها عند توزيع النفقات والتكاليف على الملاك المتعددين، وعند تحديد حصة كل مالك فى الأجزاء الشائعة. فيجوز ان يذكر الملاك فى سندات الملك أجزاء اخرى غير التى ذكرها القانون على انها أجزاء شائعة، كما يجوز ان يستبعدوا من الشيوع ما ذكر القانون انه شائع. فالعبرة اولا بسندات الملك ويجئ بعد ذلك ما نص عليه القانون. وقد اضافت الفقرة ٣ من المادة ٨٥٦ مدنى: " الحواجز الفأصلة بين شقتين تكون ملكيتها مشتركة بين اصحاب هاتين الشقتين ". فهى اذن لا تكون شائعة بين الجميع. ويقاس على ذلك ما كان خاصا ببعض الشقق دون بعض، كباب أو دهليز خاص بشقتين دون غيرهما من الشقق.

وتعتبر الأجزاء المشتركة مملوكة ملكية شائعة لجميع ملاك الطبقات والشقق، والشيوع هنا إجبارى دائم لا يقبل القسمة، وحصة كل مالك فى هذه الأجزاء تكون بنسبة قيمة الجزء المفرز الذى له فى الدار. وليس له ان يتصرف فى هذه الحصة تصرفا مستقلا عن التصرف فى الجزء المفرز الذى يملكه، اذ ان الحصة فى الأجزاء الشائعة تابعة تبعية مطلقة للجزء المفرز الذى يملكه المالك، وقد اعدت اعدادا كاملا لخدمة هذا الجزء، وهذه الأجزاء المشتركة من الدار- كما تقول نصيب كل مالك فيها بنسبة قيمة الجزء الذى له فى الدار، وليس لمالك ان يتصرف فى نصيبه هذا مستقلا عن الجزء الذى يملكه.

(الوسيط – ٨ – للدكتور السنهورى – المرجع السابق – ص١٠١٧ وما بعدها)

٢- من نص المادة ٨٥٦ مدنى مصرى (والمادة المطابقتين ٨٦٠ ليبى و ٨١١ سورى) ان العبرة فى تحديد الأجزاء المشتركة هى بأن تكون هذه الأجزاء معدة للاستعمال المشترك لجميع الملاك، مالم يوجد فى سندات الملك ما يخالف ذلك، وقد ذكر النص الأجزاء المشتركة الهامة، وهذا التعداد وارد على سبيل المثال، اذ يصح ان نضيف إليه السلم مثلا فى القانون المصرى والقانون السورى.

ويلاحظ- كما هو واضح من النص- ان الجدران التى تعتبر من الأجزاء المشتركة هى الجدران الرئيسية، فالجدران الخاصة بكل طابق أو شقة لا تعتبر من الأجزاء المشتركة، والحواجز الفأصلة بين شقتين ملكيتها مشتركة بين اصحاب هاتين الشقتين (م ٣/٨٥٦ مدنى مصرى).

كما يلاحظ ان سطح ارضية الطابق أو الشقة المصنوع من الخشب أو البلاط يكون مملوكا لصاحب الطابق أو الشقة. أما قواعد الارضية فلا تكون ملكيتها مشتركة بين اصحاب الطبقتين أو الشقتين العليا والسفلى، بل تكون ملكيتها بين جميع الملاك، وذلك لأن طرق العمارة الحديثة تجعل قواعد الارضيات أجزاء لا تتجزأ من جسم البناء كله.

(قارن ما تقضى به المادة ١٠٨٢ مدنى عراقى حيث تقول: " إذا كان لأحد علو ولآخر سفل فلصاحب العلو حق القرار فى السفل والسقف ملك لصاحب السفل، ولصاحب العلو حق الإنتفاع بسطحه إنتفاعاً متعاداً ولصاحب السفل الحق في العلو يستره من الشمس ويقيه من المطر. ")

فكل مالك يكون نصيبه فى الأجزاء المشتركة بنسبة قيمة الجزء الذى يملكه ملكية مفرزة، وهو الطابق أو الشقة التى له فى الدار. وما دام الشيوع اجباريا فى هذه الأجزاء فلا يحق للمالك ان يطلب قسمتها، اذ هى بحكم اعدادها لا تقبل القسمة. ولا يجوز له ان يتصرف فى نصيبه من هذه الأجزاء مستقلا عن الطابق أو الشقة، فان التصرف يشمل نصيبه فى الأجزاء المشتركة، لأنه يعتبر من الملحقات الضرورية للعقار ورد عليه التصرف.

(الملكية في قوانين البلاد العربية ـ ٢ – الملكية الشائعة – للدكتور عبد المنعم الصده – المرجع السابق – ص١٠٨ وما بعدها)

٣- كل ما هو معد للاستعمال المشترك يعتبر مملوكا على الشيوع لملاك الطبقات أو الشقق. وقد اورد بعد ذلك تعدادا لما يعد مخصصا للإنتفاع المشترك. ويلاحظ ان هذا التعداد وارد على سبيل المثال لا الحصر. وللشركاء الحرية الكاملة فى تحديد الأشياء المشتركة محل الملكية الشائعة فى سندات الملكية، فان لم يوجد تحديد مخالف فى هذه السندات، وجب إعتبار الارض والأجزاء المعدة للاستعمال المشترك جميعا محلا لملكية شائعة ومنها السلالم مع عدم ورودها فى المادة ٨٥٦ مدنى. فيعتبر من قبيل الأجزاء المخصصة للاستعمال المشترك كل انواع الانابيب الا ما كان منها داخل الطبقة أو الشقة، فالانابيب المخصصة للاستعمال والتى تعتبر مملوكة ملكية مشتركة هى الانابيب العمومية اما الخاصة والداخلة فى شقة من الشقق أو فى طبقة من الطبقات فإنها تعتبر مملوكة لمالك الشقة أو الطبقة.

أما الحواجز الفأصلة بين شقتين، فإنها تكون مملوكة ملكية مشتركة لمالكى هاتين الشقتين.

ويلاحظ ان الحكم المنصوص عليه فى المادة ٨٥٦ مدنى ليس من النظام العام، فيجوز لملاك الطبقات أو الشقق الإتفاق على ان تكون ملكية الارض خالصة لأحد منهم مثلا.

ويتحدد نصيب كل مالك فى هذه الأجزاء المشتركة بنسبة الجزء الذى له من الدار. والعبرة فى تقدير قيمة الجزء المفرز الذى لكل مالك فى الدار- والذى على اساسه يتحدد نصيبه فى الأجزاء المشتركة- تكون بوقت انشاء الدار وفقا لما يذهب إليه الرأى الراجح فى الفقه. فإذا كان لمالك طبقة من الطبقات ثلث الدار مثلا، يكون له ايضا الثلث فى الأجزاء المخصصة للإنتفاع المشترك.

(الحقوق العينية الأصلية – للدكتور محمد على عمران – المرجع السابق – ص٣٤٢ وما بعدها)

من أحكام القضاء الحديثة:

١- ملكية الطبقات أو الشقق. إنقسامها في كيانها إلى أجزاء مفرزة هي الطبقات والشقق التى ينقسم إليها البناء وأجزاءه الشائعة شيوعاً إجبارياً دائماً هي الأجزاء المتعلقة بالإنتفاع المشترك بين جميع الملاك م٨٥٦ مدني. إختلاف هذا النوع من الملكية من حيث طبيعته وأحكامه عن الملكية الشائعة التى نظمتها المواد ٨٢٥ مدني وما بعدها.

النص في المادة ٨٥٦ من القانون المدنى على أنه إذ تعدد ملاك طبقات الدار أو شققها المختلفة فإنهم يعدون شركاء في مللكية الأرض وملكية أجزاء البناء المعدة للإستعمال المشترك بين الجمع وبوجه خاص الأساسات والجدران الرئيسية والمداخل والأفنية والأسطح والمصاعد والممرات والدهاليز وقواعد الأرضيات وكل أنواع الأنابيب إلا ما كان منها داخل الطبقة أو الشقة كل هذا ما لم يوجد سندات المالك ما يخالفه قد قصد به المشرع وضع التصوير الجديد عن الطبقات والشقق بين أفراد الطبقات المتوسطة توخياً لإنفراج أزمة المساكن بعد إحتدامها بإزدياد عدد السكان والتى لا يستطيع الفرد فيها أن يملك منزلاً كاملاً ويؤثر على الإشتراك مع غيره في الشيوع أن يستقل بملكية طبقة أو شقة من طبقات أو شقق أحد العقارات واضعاً بذلك نظاماً لتحديد العلاقات المستمرة بينه وبين جيرانه حسماً للمنازعات التى قد تنشأ عن هذه الملكية وأن البين من النص سالف الذكر أن تلك الملكية وإن كانت لملاك مختلفين إلا أنها تنقسم في كيانها إلى أجزاء مفرزة تتمثل في الطبقات والشقق التى ينقسم إليها البناء ومن ثم تكون كل طبقة أو شقة فيه مملوكة ملكية مستقلة لمالكها على سبيل الإختصاص ويكون له إستعمالها وإستغلالها أو التصرف فيها بالبيع وغير ذلك من أنواع التصرفات وأجزاء شائعة شيوعاً إجبارياً دائماً لا تقبل القسمة تتمثل في الأجزاء المتعلقة بالإنتفاع المشترك بين جميع الملاك تخصهم جميعاً كل بحسب ما يخص طبقته أو شقته فيما يملكها مع غيره ومن ثم يختلف هذا النوع من الملكية من حيث طبيعته وأحكامه عن الملكية الشائعة التى نظم المشرع أحكامها في المادة ٨٢٥ وما بعدها من القانون سالف الذكر والتى تسرى بقدرها إلى كل أجزاء المال الشائع لا يتحدد نصيب كل شريك فيها إلا بالقسمة وإن كان ذلك لا يفقد ما لكل حصة من كيان ذاتى فتكون فى كل جزء منه متميزة بالقوة عن غيرها إلى حصول تلك القسمة وحينئذ تعتبر متميزة بالفعل والتى بما لها من أثر رجعى كاشف تكون في نظر القانون متميزة عن غيرها من أول الأمر.

(الطعن رقم٦٤٠١ لسنة ٦٢ق جلسة ٢٠٠٠/٥/٣١ لم ينشر بعد)

٢- تمسك الطاعنة أمام محكمة الموضوع بأن المطعون ضده عندما أعد مشروع الشهر الذى إعتبره الحكم بمثابة إجراءات إتخذها المطعون ضده لشهر العقدين مثار النزاع إنما أعده على أساس الملكية الشائعة في حين العقدان النظام ملكية الطبقات وتدليه على ذلك بما تضمنه العقدين من شروط. دفاع جوهري. إلتفات الحكم المطعون فيه عنه وقضاءه برفض دعوى الطاعن بصحة ونفاذ لعقدين متجزاً القول بأن المطعون ضده إتخذ الإجراءات اللازمة لشهر هذين العقدين. قصور.

إذ كان الثابت من الأوراق أن الطاعن قد تمسك أمام محكمة الموضوع بالدفاع المبين بوجه النعى إلا أن الحكم المطعون فيه إلتفت عن هذا الدفاع ولم يمحصه ويدلى بدلوه في شأنه مجتزءاً أسباباً لقضائه بأن المستأنف ضده قام بإتخاذ الإجراؤات اللازمة لشهر العقدين مثار النزاع وأنه كلف المستأنف آخرين بالحضور إلى مقر الشهر العقاري لسداد رسوم التسجل إلا أنهم لم يحضروا وخلص من ذلك إلى نفى تقصيره في الوفاء بإلزامه بإتخاذ الإجراءات اللازمة لتسجل عقدي البيع سند الدعوى ونقل ملكية الشقتين إلى الطاعنين بحسبان ذلك من الإلتزامات الجوهرية التى يفرضها عليه عقدي البيع سالفى البيان دون أن يواجه دفاع الطاعن داع الطاعن السابق إيراده من قبل بوجه النعى مع إنه دفاع جوهري من شأنه أن يتغير به وجه الرأي في الدعوى بما يعيبه بالقصور المبطل.

(الطعن ٦٤٠١ لسنة ٦٢ق جلسة ٢٠٠٠/٥/٣١ لم ينشر بعد)

٣- إذ كان الثابت مما قدمه طرفا النزاع أمام محكمة الموضوع من مستندات أن المطعون ضده أقر في البندين الثاني والعاشر من عقد البيع المؤرخ ١٩٨٤/١٠/٢٤ بأنه باع للطاعن شقة مفرزة هي الشقة رقم ... بالدور ... من العقار المبين في صحيفة الدعوى، والتي تتعادل مع حصة شائعة في العقار مقدارها... وأن هذا البيع يخضع للقواعد المنظمة لملكية الطبقات المنصوص عليها في المواد من ٨٥٦ حتى ٨٦٩ من القانون المدني - وهى ملكية مفرزة للطبقات أو الشقق، وشائعة شيوعا إجباريا في أجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك، ورغم ذلك ظل - المطعون ضده - مصرا على نحو ما هو ثابت من طلب الشهر رقم... لسنة... المقدم منه تجديدا للطلب رقم.... لسنة ... ومما وجهه من إنذارات لمن اشتروا شقق العقار المشار إليه، ومن مشروع عقد البيع النهائي رقم.....في..... على أن البيع لهؤلاء المشترين - ومن بينهم الطاعن - ينصب على حصة شائعة مقدارها ١٢س ١٤ط في كامل أرض ومباني العقار، وامتنع عن تقديم المستندات اللازمة لتسجيل ملكية تلك الشقق مفرزة، فضلا عن أنه تقاعس عن نقل تمويل العقار إلى اسمه حتى عام ١٩٩٢ أي لمدة تزيد على سبع سنوات من تاريخ البيع الحاصل في ١٩٨٤/١٠/٢٤ - وهى أعمال من شأنها منع الطاعن من استعمال حقه في تسجيل ملكيته للشقة المبيعة له مفرزة، والحيلولة دون تحقق الشرط الواقف المنصوص عليه في البند الحادي عشر من عقد البيع سالف البيان (شرط تعليق التزام المطعون ضده بنقل الملكية إلى الطاعن على استخراج شهادة تمويل العقار المشتمل على الشقة المبيعة وتشكيل اتحاد ملاك

وقيام جميع المشترين بالتسجيل) فإن ذلك يشكل خطأ في جانب المطعون ضده تترتب عليه مسئوليته العقدية مما يوجب اعتبار ذلك الشرط متحققا حكما. وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر، وأقام قضاءه بعدم قبول دعوى الطاعن (دعواه بطلب الحكم بصحة ونفاذ عقد البيع آنف البيان) على مجرد القول بأنه "لم يستوف ما اتفق عليه في العقد من استخراج شهادة التمويل باسم البائع، وتشكيل اتحاد ملاك بين مشتري وحدات العقار" فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه.

(الطعن رقم ٥٤١٤ ـ لسنة ٦٣ ق ـ تاريخ الجلسة ١٣ / ٠٢ / ٢٠٠١)

* * *

obeikan.com

مادة (٨٥٧)

(١) كل مالك فى سبيل الإنتفاع بالجزء الذى يملكه فى الدار حر فى ان يستعمل الأجزاء المشتركة فيما اعدت له، على الا يحول دون استعمال باقى الشركاء لحقوقهم.

(٢) ولا يجوز احداث اى تعديل فى الأجزاء المشتركة بغير موافقة جميع الملاك حتى عند تجديد البناء، الا إذا كان التعديل الذى يقوم به أحد الملاك على نفقته الخاصة، من شأنه ان يسهم استعمال تلك الأجزاء، دون ان يغير من تخصيصها أو يلحق الضرر بالملاك الآخرين.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٨٦١ ليبى و ٨١٢ سورى.

الأعمال التحضيرية:

كما هو الأمر فى الشيوع الإجبارى- يجوز لكل مالك ان يستعمل الأجزاء المشتركة فيما اعدت له، على ألا يحول ذلك دون استعمال الملاك الاخرين لها.

ولا يجوز لأحد ان يحدث تعديلا فى هذه الأجزاء دون موافقة الجميع، الا إذا توافرت شروط اربعة:

(أ) ان يكون ذلك على نفقة الشريك الذى يستقل باحداث التعديل.
(ب) وان يكون التعديل من شأنه تسهيل استعمال الأجزاء المشتركة.
(ج) وألا يغير التعديل من تخصيص هذه الأجزاء.
(د) وألا يحدث ضررا بالملاك الاخرين.

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني – جزء ٦ – ص١٥٩ و٦٦٠)

رأى الفقه:

١- يتبين من نص المادة ٨٥٧ مدنى أن كل مالك من ملاك الطبقات والشقق له ان يستعمل الأجزاء الشائعة فيما خصصت له، وعلى الوجه الذى لا يضر بالدار، والا يحول دون استعمال باقى الملاك لهذه الأجزاء الشائعة نفسها. فله ان يدخل من الباب العام للبناء فى اى وقت، وان يستعمل السلم أو المصعد للوصول الى طبقته أو شقته، وان يوصل انابيبه ومواسيره الداخلية بالانابيب والمواسير المشتركة للدار فى المياه والغاز والكهرباء، وان يحفر داخل الجدران الرئيسية دواليب ومداخن لاستعماله الخاص، وان يضع فى هذه الجدران انابيبه ومواسيره الخاصة. ويجوز لمالك الطبقة السفلى من الدار ان يفتح بابا فى الجدار الرئيسى أو ان يحول نافذة الى باب على شرط الا يخل ذلك بمتانة البناء ولا بمظهره الخارجى. ولكن لا يجوز لمالك الطبقة السفلى ان يحفر سراديب تحت الارض أو آبارا ولا يجوز لمالك الطابق الاعلى ان يبنى طابقا جديدا فوق طابقه، فان جدران طابقه الرئيسية وسقفه معتبره ضمن الأجزاء

الشائعة، وهذا بخلاف صاحب العلو رأيناه يستطيع ان يبنى فوق علوه بناء جديدا إذا كان ذلك لا يضر بالسفل.

ولا يجوز لمالك الطبقة أو الشقة ادخال اى تعديل فى الأجزاء الشائعة للدار بغير موافقة سائر الملاك، وانما يجوز له بغير موافقة الملاك ادخال تعديلات يكون من شأنها تيسير استعمال الجزء الشائع دون تغيير فى تخصيصه ودون الحاق ضرر بالملاك الاخرين، كأن يوسع السلم أو يحول المصعد الى مكان اكثر ملاءمة بشرط ان يكون ذلك على نفقته الخاصة.

(الوسيط – ٨ – للدكتور السنهوري – المرجع السابق – ص١٠٢١ وما بعدها)

٢- من حق كل مالك استعمال الأجزاء المشتركة والإنتفاع بها كما لو كانت ملكه الخاص، بشرط ألا يستعملها فى غير ما اعدت له، وألا يكون فى عمله ضرر بشركائه أو تأثير على سلامة البناء، فإذا خرج المالك فى استعمال الأجزاء المشتركة عن وظيفتها كان فعله غير جائز، وكان للشركاء ان يطلبوا منع هذا الفعل دون ان يكون عليهم ان يثبتوا انه اضر بهم. أما إذا كان الفعل يدخل فيما اعد له الشئ، فهذا مباح بشرط ألا يكون فيه ضرر بالبناء، والا فهو ممنوع.

ويجوز لكل مالك فى سبيل استعمال الأجزاء المشتركة ان يقوم بترميمها وصيانتها إذا احتاجت لشئ من ذلك، وله ان يرجع على الملاك الاخرين نصيب كل منهم فى هذه النفقات دون ان يكون لأحدهم الإمتناع عن دفع نصيبه بحجة انه لم تؤخذ موافقته على هذه الأعمال.

وليس حق المالك فى الدور المقسمة مقصورا فقط على استعمال الأجزاء المشتركة، بل ان له الحق فى التعديل فى الأجزاء المشتركة حتى يسهل انتفاعه بهذه الأجزاء.

وتطبيقا للفقرة الثانية من المادة ٨٥٧ مدنى وشروط احداث التعديل فى الأجزاء المشتركة، يجوز لمالك احدى الطبقات ان ينشئ فى الحائط الاساسى مدخنة، ما دام قد اتخذ من الاحتياطات ما يمنع وقوع ضرر على شركائه أو على البناء، وله ان ينشئ فى طابقه شرفات، وله كذلك ان يوسع نافذته المطلة على الفناء المشترك ما دام لم يترتب على ذلك اى ضرر بمتانة البناء أو اى تشويه لرونقة المنزل.

(الحقوق العينية الأصلية – للدكتور عبد المنعم البدراوى – ص٢٣٠ وما بعدها)

٣- فى شأن حقوق الملاك على الأجزاء المشتركة تطبيق أحكام الشيوع الإجبارى، فيكون لكل مالك ان يستعمل الجزء المشترك وفقا لطبيعته والغرض الذى خصص له، كما لو كان مملوكا له ملكية خالصة، وذلك بشرطين:

الاول- ألا يترتب على هذا الاستعمال تعديل فى الغرض الذى خصص له الشئ أو اضرار بحقوق الشركاء الاخرين.

الثانى- ألا يستعمل الجزء المشترك فى خدمة عقارات اخرى، وبهذا جرى نص المادة ١/٨٥٧ مدنى مصرى والمادتان ١/٨١٢ سورى و١/٨٦١ مدنى ليبى.

وتقضى الفقرة الثانية من المواد المذكورة بأنه لا يجوز للمالك احداث اى تعديل فى الأجزاء المشتركة بغير موافقة جميع الملاك حتى عند تجديد البناء الا إذا توافرت

شروط اربعة، هى: ان يكون التعديل على نفقته الخاصة- وان يكون من شأن هذا التعديل ان يسهل استعمال تلك الأجزاء- وألا يغير من تخصيصها- وألا يلحق ضررا بالملاك الاخرين. فإذا توافرت هذه الشروط جاز للمالك ان يحدث التعديل الذى يراه ولو بغير موافقة الملاك الاخرين.

(الملكية في قوانين البلاد العربية – الدكتور الصده –المرجع السابق – ص١٠٩، ١١٠)

٤- طبقا لنص المادة ٨٥٧ مدنى، لكل من الملاك فى سبيل انتفاعه بالأجزاء المشتركة ان يستخدمها فى حدود الغرض الذى هى مخصصة من اجله، وعلى الوجه الذى لا يضر بالبناء، فله ان يدخل من الباب وان يستعمل المصعد فيما هو معد من اجله مثلا، وله ان يوصل الانابيب المخصصة للإنتفاع المشترك- كأنابيب المياه- بالانابيب الخاصة به والداخلة فى الطبقة التى يملكها، على الا يخل ذلك بمثابة البناء أو مظهره.

ولا يجوز إجراء اى تعديل فى الأجزاء المخصصة للإنتفاع المشترك الا بموافقة جميع الملاك. ومع ذلك فيجوز لأى من الملاك إجراء تعديل فى الأجزاء المخصصة للإنتفاع المشترك، إذا توافر شرطان:

(أ) ان يكون من شأن هذا التعديل الذى يقوم به أحد الملاك على نفقته تسهيل الإنتفاع بالأجزاء المشتركة- ومثال ذلك ان يوسع أحد الملاك السلالم المخصصة للإنتفاع المشترك، أو ان يحول المصعد الى مكان أخر.

(ب) الا يكون من شأن هذا التعديل تغيير فى الغرض الذى خصصت له هذه الأجزاء المشتركة، والا يترتب عليه الاضرار بالملاك الاخرين، فلا يجوز لأحد من الملاك ان يضع فوق سطح المنزل- وهو فى سبيل الإنتفاع به- أشياء تحول بين باقى الملاك وبين الإنتفاع بالسطح وفقا لما هو مخصص له.

(الحقوق العينية الأصلية – للدكتور محمد علي عمران – المرجع السابق – ص٣٤٥ و٣٤٦)

من أحكام القضاء الحديثة:

١- إذ كان الثابت مما قدمه طرفا النزاع أمام محكمة الموضوع من مستندات أن المطعون ضده أقر في البندين الثاني والعاشر من عقد البيع المؤرخ ١٩٨٤/١٠/٢٤ بأنه باع للطاعن شقة مفرزة هي الشقة رقم ... بالدور ... من العقار المبين في صحيفة الدعوى، والتي تتعادل مع حصة شائعة في العقار مقدارها... وأن هذا البيع يخضع للقواعد المنظمة لملكية الطبقات المنصوص عليها في المواد من ٨٥٦ حتى ٨٦٩ من القانون المدني – وهى ملكية مفرزة للطبقات أو الشقق، وشائعة شيوعا إجباريا في أجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك، ورغم ذلك ظل – المطعون ضده – مصرا على نحو ما هو ثابت من طلب الشهر رقم... لسنة... المقدم منه تجديدا للطلب رقم.... لسنة ... ومما وجهه من إنذارات لمن اشتروا شقق العقار المشار إليه، ومن مشروع عقد البيع النهائي رقم.....في..... على أن البيع لهؤلاء المشترين – ومن بينهم الطاعن – ينصب على حصة شائعة مقدارها ١٢س ١٤ط في كامل أرض ومباني العقار، وامتنع عن تقديم المستندات اللازمة لتسجيل ملكية تلك

الشقق مفرزة، فضلا عن أنه تقاعس عن نقل تمويل العقار إلى اسمه حتى عام ١٩٩٢ أي لمدة تزيد على سبع سنوات من تاريخ البيع الحاصل في ١٩٨٤/١٠/٢٤ – وهي أعمال من شأنها منع الطاعن من استعمال حقه في تسجيل ملكيته للشقة المبيعة له مفرزة، والحيلولة دون تحقق الشرط الواقف المنصوص عليه في البند الحادي عشر من عقد البيع سالف البيان (شرط تعليق التزام المطعون ضده بنقل الملكية إلى الطاعن على استخراج شهادة تمويل العقار المشتمل على الشقة المبيعة وتشكيل اتحاد ملاك وقيام جميع المشترين بالتسجيل) فإن ذلك يشكل خطأ في جانب المطعون ضده تترتب عليه مسئوليته العقدية مما يوجب اعتبار ذلك الشرط متحققا حكما. وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر، وأقام قضاءه بعدم قبول دعوى الطاعن (دعواه بطلب الحكم بصحة ونفاذ عقد البيع آنف البيان) على مجرد القول بأنه "لم يستوف ما اتفق عليه في العقد من استخراج شهادة التمويل باسم البائع، وتشكيل اتحاد ملاك بين مشتري وحدات العقار" فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه.

(الطعن رقم ٥٤١٤ ـ لسنة ٦٣ ق ـ تاريخ الجلسة ١٣ / ٢ / ٢٠٠١)

* * *

Qadikan.com

مادة (٨٥٨)

(١) على كل مالك ان يشترك فى تكاليف حفظ الأجزاء المشتركة وصيانتها وادارتها وتجديدها، ويكون نصيبه فى هذه التكاليف بنسبة قيمة الجزء الذى له فى الدار مالم يوجد إتفاق على غير ذلك.

(٢) ولا يحق لمالك ان يتخلى عن نصيبه فى الأجزاء المشتركة للتخلص من الاشتراك فى التكاليف المتقدمة الذكر.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٨٦٢ ليبى و٨١٣ سورى و٧٢ من قانون الملكية العقارية اللبنانى.

الأعمال التحضيرية:

خالف المشروع (م ١٢٢٩) التقنين الحالى (م ٥٧/٣٦) فيمن يتحمل تكاليف حفظ الأجزاء المشتركة وصيانتها وادارتها وتجديدها. ففى التقنين الحالى يلزم مالك الطبقة السفلى بإجراء ما يلزم لصيانة السقف والاخشاب الحاملة له اذ انها تعتبر ملكا له، وعلى مالك الطبقة العليا صيانة ارضية طبقته من بلاط والواح، وعليه ايضا إجراء ما يلزم لصيانة السلم من ابتداء الموضع الذى لا ينتفع به صاحب الطبقة السفلى. أما المشروع فقد جعل هذه التكاليف شركة بين جميع الملاك كل بنسبة قيمة الجزء الذى له فى الدار مالم تنص سندات الملك على شئ ذلك. ونصيب كل شريك فى التكاليف إلتزام فى ذمته لا يستطيع ان يتخلص منه، حتى بالتخلى عن نصيبه فى الأجزاء المشتركة، خلافا للقاعدة العامة التى تقضى بجواز التخلص من الإلتزام إذا انبنى على حق عينى بتخلى صاحبه عنه. ولكن التخلص من الإلتزام يتم إذا تخلى الشريك عن نصيبه المفرز ونصيبه الشائع معا.

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني – جزء ٦ – ص١٦٢)

رأى الفقه:

١- يؤخذ من نص المادة ٨٥٨ مدنى ان تكاليف حفظ الأجزاء الشائعة وصيانتها وادارتها وتجديدها عند الاقتضاء يساهم فيها جميع الملاك، لأنهم جميعا ينتفعون بالأجزاء الشائعة، أو هى فى القليل معدة لانتفاعهم بها، ويدخل فى ذلك تكاليف ترميم الأجزاء الشائعة إذا احتاجت الى ترميم، وأصلاح المصعد، ومصروفات الصيانة العادية من كنس ورش، ونفقات تجديد ما يجب تجديده من هذه الأجزاء الشائعة، كتجديد الباب العام للدار أو الالة الرافعة للمياه ونحو ذلك. وتدخل ايضا تكاليف المياه والكهرباء ومصروفات صيانة المصعد والسلم، واجور الاشخاص الموكلين بتعهد هذه الأجزاء الشائعة وبخاصة اجرة البواب، والعوائد التى تجبيها البلدية والضرائب المفروضة، واقساط التأمين على الأجزاء الشائعة.

ومساهمة كل مالك فى هذه التكاليف تكون بنسبة قيمة طبقته أو شقته كما هى مقدرة وقت انشاء الدار.

وإذا كان المالك ملزما بالمساهمة فى هذه التكاليف التزاما عينيا، الا انه مع ذلك لا يستطيع التخلص من هذا الإلتزام عن طريق التخلى عن ملكية حصته فى الأجزاء الشائعة، بل هو لا يستطيع التخلص الا إذا تخلى عن ملكية طبقته أو شقته نفسها بما يتبعها من حصة فى الأجزاء الشائعة.

(الوسيط – ٨ – للدكتور السنهوري – المرجع السابق – ص١٠٢٣ وما بعدها)

٢- يخلص من نص المادة ٨٥٨ مدنى ان كل مالك يجب ان يتحمل نصيبه فى تكاليف حفظ الأجزاء المشتركة وصيانتها وادارتها وتجديدها ويتحدد هذا النصيب وفقا لإتفاق الملاك ان وجد، فان لم يوجد إتفاق على كيفية توزيع هذه التكاليف تحمل كل منهم بنسبة قيمة الجزء الذى له فى الدار، ذلك ان نصيب كل مالك فى الأجزاء المشتركة يكون تقسيم هذه التكاليف، ويكون هذا التقدير على حسب موقع الشقة بنسبة قيمة الجزء الذى يملكه كل مالك من الدار بحسب قيمته وقت ومساحتها، بغض النظر عما يمكن أن يكون المالك قد اجراه فيها من التحسينات أو التجميلات، اذ لن يكون من العدل ان يتخذ من هذا ذريعة لزيادة نصيب هذا المالك فى التكاليف المشتركة.

ويلاحظ ان المساهمة فى تكاليف الأجزاء المشتركة وصيانتها وتجديدها وادارتها مفروض على جميع الملاك، بصرف النظر عن نسبة إنتفاع كل منهم بها. وتطبيقا لذلك تكون تكاليف صيانة السلم فى جميع اجزائه على جميع الملاك، ويجب ان يشترك فيها حتى اصحاب الطبقات السفلى، وكذلك الحال ايضا بالنسبة لقواعد الارضيات. ولا يستطيع أحد الملاك ان يتخلص من المساهمة فى تكاليف هذه الأجزاء بدعوى انه لا يستفيد منها أو لا ينتفع بها، فنص المادة ٨٥٨/١ مدنى صريح فى هذا المعنى، مالم يوجد إتفاق على غير ذلك.

وتضيف المادة ٨٥٨ مدنى فى فقرتها الثانية انه لا يجوز لأحد الملاك ان يتخلص من نصيبه فى هذه التكاليف، حتى بالتخلى عن نصيبه فى الأجزاء المشتركة، وهذا الحكم على خلاف القاعدة العامة التى تقضى بجواز التخلص من الإلتزام إذا انبنى على حق عينى، يتخلى صاحبه عنه. ولكن التخلص من هذا الإلتزام يتم إذا تخلى الشريك عن نصيبه المفرز ونصيبه الشائع معا.

(الحقوق العينية الأصلية – للدكتور عبد المنعم البدراوى – المرجع السابق – ص٢٢٢ و٢٢٣)

٣- على كل مالك ان يشترك فى تكاليف حفظ الأجزاء المشتركة وصيانتها وادارتها وتجديدها، ويكون نصيبه فى هذه التكاليف بنسبة قيمة الطابق أو الشقة التى له فى الدار، مالم يوجد إتفاق على غير ذلك (م ٨٥٨/١ مدنى مصرى و٨١٣/١ سورى و٨٦٢/١ ليبى و٧٢ تقنين الملكية اللبنانى). بل ان له الحق فى ان يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ هذه الأجزاء، ولو كان ذلك بغير موافقة الملاك الاخرين.

ولا يحق للمالك ان يتخلى عن نصيبه فى الأجزاء المشتركة للتخلص من الاشتراك فى هذه التكاليف (م ٨٥٨/٢ مدنى مصرى، و٨١٣/٢ مدنى سورى و٨٦٢/٢ مدنى ليبى) وذلك استثناء من القواعد العامة التى تجيز لصاحب الحق العينى

إذا تخلى عن حقه ان يتخلص من الالتزامات التى يتحملها بسبب الشئ محل الحق، انما يستطيع المالك ان يتخلص من هذا الإلتزام إذا تخلى عن الجزء الذى يملكه ملكية مفرزة ونصيبه الشائع معا.

(الملكية في قوانين البلاد العربية – للدكتور الصده – المرجع السابق – ص١١٠ و١١١)

٤- تكاليف حفظ وصيانة الأجزاء المشتركة تقع على عاتق الملاك جميعا، ويكون نصيب كل مالك من هذه التكاليف بنسبة قيمة الجاء الذى له فى الدار. فإذا كان البناء مقسما الى ثلاث طبقات لكل منها مالك، فان تكاليف الحفظ والصيانة تقع على عاتق الملاك الثلاثة يتحمل كل منهم الثلث مالم يتفق على غير ذلك.

ومع إلتزام كل مالك بالمساهمة فى تكاليف حفظ وصيانة الأجزاء المشتركة التزاما عينيا، الا انه مع ذلك لا يمكن لأى من الملاك التخلص منه بالتخلى عن ملكية حصته الشائعة، بل على المالك ان شاء التخلص من هذا الإلتزام ان يتخلى عن ملكية طبقته أو شقته بما يتبعها من حصته فى الأجزاء المملوكة مشتركة.

(الحقوق العينية الأصلية – للدكتور عمران – المرجع السابق – ص٣٤٦)

من أحكام القضاء الحديثة:

١- إذ كان الثابت مما قدمه طرفا النزاع أمام محكمة الموضوع من مستندات أن المطعون ضده أقر في البندين الثاني والعاشر من عقد البيع المؤرخ ١٩٨٤/١٠/٢٤ بأنه باع للطاعن شقة مفرزة هي الشقة رقم ... بالدور ... من العقار المبين في صحيفة الدعوى، والتي تتعادل مع حصة شائعة في العقار مقدارها... وأن هذا البيع يخضع للقواعد المنظمة لملكية الطبقات المنصوص عليها في المواد من ٨٥٦ حتى ٨٦٩ من القانون المدني – وهى ملكية مفرزة للطبقات أو الشقق، وشائعة شيوعا إجباريا في أجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك، ورغم ذلك ظل – المطعون ضده – مصرا على نحو ما هو ثابت من طلب الشهر رقم... لسنة... المقدم منه تجديدا للطلب رقم .... لسنة ... ومما وجهه من إنذارات لمن اشتروا شقق العقار المشار إليه، ومن مشروع عقد البيع النهائي رقم..... في ..... على أن البيع لهؤلاء المشترين – ومن بينهم الطاعن – ينصب على حصة شائعة مقدارها ١٢س ١٤ط في كامل أرض ومباني العقار، وامتنع عن تقديم المستندات اللازمة لتسجيل ملكية تلك الشقق مفرزة، فضلا عن أنه تقاعس عن نقل تمويل العقار إلى اسمه حتى عام ١٩٩٢ أي لمدة تزيد على سبع سنوات من تاريخ البيع الحاصل في ١٩٨٤/١٠/٢٤ – وهى أعمال من شأنها منع الطاعن من استعمال حقه في تسجيل ملكيته للشقة المبيعة له مفرزة، والحيلولة دون تحقق الشرط الواقف المنصوص عليه في البند الحادي عشر من عقد البيع سالف البيان (شرط تعليق التزام المطعون ضده بنقل الملكية إلى الطاعن على استخراج شهادة تمويل العقار المشتمل على الشقة المبيعة وتشكيل اتحاد ملاك وقيام جميع المشترين بالتسجيل) فإن ذلك يشكل خطأ في جانب المطعون ضده تترتب عليه مسئوليته العقدية مما يوجب اعتبار ذلك الشرط متحققا حكما. وإذ خالف الحكم

المطعون فيه هذا النظر، وأقام قضاءه بعدم قبول دعوى الطاعن (دعواه بطلب الحكم بصحة ونفاذ عقد البيع آنف البيان) على مجرد القول بأنه "لم يستوف ما اتفق عليه في العقد من استخراج شهادة التمويل باسم البائع، وتشكيل اتحاد ملاك بين مشتري وحدات العقار" فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه.

(**الطعن رقم ٥٤١٤ ـ لسنة ٦٣ ق ـ تاريخ الجلسة ٢٠٠١/٢/١٣**)

٢- مفاد نص المادة ٨٥٨ من القانون المدنى يدل على أن تكاليف حفظ الأجزاء المشتركة وصيانتها وإدارتها وتجديدها عند الاقتضاء يساهم فيها جميع الملاك، لأنهم جميعاً ينتفعون بالأجزاء الشائعة أو هى في القليل معدة لانتفاعهم بها، ومساهمة كل مالك في هذه التكاليف تكون بنسبة قيمة طبقته أو شقته كما هى مقدرة وقت إنشاء الدار، وهذا الالتزام التزام عينى لا يستطيع المالك التخلص منه عن طريق التخلى عن ملكية حصته في الأجزاء الشائعة.

(**الطعن رقم ٧١٠٠ ـ لسنة ٦٥ ق ـ جلسة ٢٠٠٧/٧/١٤**)

* * *

obeikan.com

مادة (٨٥٩)

(١) على صاحب السفل ان يقوم بالأعمال والترميمات اللازمة لمنع سقوط العلو.
(٢) فإذا امتنع عن القيام بهذه الترميمات، جاز للقاضى ان يأمر ببيع السفل. ويجوز فى كل حال لقاضى الامور المستعجلة ان يأمر بإجراء الترميمات العاجلة.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٨٦٣ ليبي و ٨١٤ سوري و١٠٨٢ عراقي.

الأعمال التحضيرية:

ينظر– لاحقا– التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد على نص المادة ٨٦١ مدنى.

رأى الفقه:

١– يلتزم صاحب السفل بالتزامين:
الاول– ان يقوم بالأعمال والترميمات اللازمة لمنع سقوط العلو.
الثانى– ان يعيد بناء السفل إذا انهدم.
والإلتزام الاول نصت على احكامه المادة ٨٥٩ مدنى.

وترتيبا عليه يكون على مالك السفل إجراء ما يلزم لصيانة السقف والاخشاب الحاملة له اذ انها تعتبر ملكا له، وذلك منعا لسقوط السقف فيسقط معه العلو، كما يجب عليه صيانة جدران السفل وترميمها عند الاقتضاء، وبالجملة صيانة جميع أجزاء السفل المملوكة له ملكية مفرزة وترميمها، وذلك لمصلحة العلو واحتفاظا له بحق القرار على السفل ولكنه لا يلتزم الا بترميم سفله، فلا يلتزم بإجراء ترميمات فى العلو نفسه لمنع سقوطه.

فإذا قصر صاحب السفل فى القيام بالتزامه بحيث يترتب على تقصيره تهديد سلامة العلو– جاز لصاحب العلو ان يلجأ الى القضاء ليلزم صاحب السفل ان يقوم بالأعمال الضرورية فى سفله لمنع العلو من السقوط. ويجوز الالتجاء الى قاضى الامور المستعجلة فى ذلك إذا كان إجراء الترميمات امرا عاجلا. ويجوز فى جميع الاحوال ان يستأذن صاحب العلو القضاء فى ان يقوم هو بالترميمات الضرورية فى السفل، على ان يرجع بما انفقه فى ذلك على صاحب السفل.

ويجوز لصاحب العلو ان يطلب من القاضى ان يأمر ببيع السفل لمن يشتريه ويرممه، فيمنع بذلك سقوط العلو، والقاضى يجيب صاحب العلو– الى ما يطلب من ذلك إذا وجد مبررا لاجابة الطلب، وتنص المادة ٢/٨٥٩ مدنى على ذلك.

ويلاحظ ان إلتزام صاحب السفل بترميم سفله منعا لسقوط العلو إلتزام عينى، فيستطيع التخلص منه إذا هو تخلى عن ملكية السفل.

(الوسيط – ٨ – للدكتور السنهوري – المرجع السابق – ص١٠١٠ وما بعدها)

٢- ينتج من نص المادة ٨٥٩ مدنى ان على صاحب السفل ان يقوم بكل الأعمال والترميمات اللازمة لمنع سقوط العلو، فعليه مثلا ان يقوم بأصلاح الجدران الداخلية المملوكة له، حتى لا يسقط العلو المرتكز عليها.

هذا إلتزام الايجابى يستطيع صاحب السفل ان يتخلص منه بالتخلى عن ملكية السفل كما هى القاعدة.

فإذا امتنع صاحب السفل عن القيام بالأعمال اللازمة لمنع سقوط العلو ولم يتخل عن ملكية السفل، جاز للقاضى ان يأمر ببيع السفل كما تفرز المادة ١/٨٥٩ مدنى، بل ان لصاحب العلو- إذا كانت هذه الترميمات عاجلة- ان يلجأ لقاضى الامور المستعجلة ليصدر منه امرا باجرائها.

ويلاحظ ان أمر القاضى ببيع السفل عند رفض صاحبه القيام بالترميمات اللازمة لمنع سقوط العلو قد جاء على خلاف القواعد العامة، ثم ان هذه السلطة التى اعطيت للقاضى هى سلطة جوازية. ولذلك فان هذا الحكم الاستثنائى ليس من شأنه استبعاد تطبيق القواعد العامة.

وتقضى القواعد العامة بأنه فى الإلتزام بعمل، إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه، جاز للدائن ان يطلب ترخيصا من القضاء فى تنفيذ الإلتزام على نفقة المدين إذا كان هذا التنفيذ ممكنا. ويجوز فى حالة الاستعجال ان ينفذ الدائن الإلتزام على نفقة المدين دون ترخيص من القضاء.

وتطبيقا لهذه القواعد العامة يجوز للقاضى ان يصرح لصاحب العلو فى إجراء هذه الترميمات على نفقة صاحب السفل بدلا من ان يأذن ببيع السفل إذا هو رأى ذلك.

(الحقوق العينية الأصلية – للدكتور البدراوى – المرجع السابق – ص٢٣٥)

٣- يجب- فى تطبيق المادة ٨٥٩ مدنى- على صاحب السفل ان يقوم بالأعمال والترميمات اللازمة لمنع سقوط العلو، كأن يصلح جدارا داخل شقته يرتكز عليه العلو، أو يرمم السقف الذى تستند إليه ارضية العلو. ويستطيع، طبقا للقواعد العامة، ان يتخلص من هذا الإلتزام بالتخلى عن ملكية السفل.

فإذا امتنع صاحب السفل عن القيام بهذه الترميمات، ولم يتخل عن ملكية السفل، جاز للقاضى ان يأمر ببيع السفل، كما يجوز للقاضى طبقا للقواعد العامة فى التنفيذ العينى ان يجيب صاحب العلو الى طلبه إذا اراد الترخيص له فى القيام بهذه الترميمات على نفقة صاحب السفل، ذلك ان السلطة الاستثنائية التى اعطيت للقاضى فى ان يأمر ببيع السفل على خلاف ما تقضى به القواعد العامة ليس من شأنها ان تستبعد تطبيق هذه القواعد. وانما اراد الشارع بمنحه هذه السلطة للقاضى ان يخوله فرصة الموازنة بين الاعتبارات المختلفة التى تحيط بالموقف، سواء من حيث قدرة صاحب السفل المالية أو مقدار النفقات اللازمة للترميم أو قيمة السفل، فإذا بان للقاضى ان النفقات اللازمة للترميم تحمل صاحب السفل عبئا فوق طاقته، أو ان هذه النفقات من الجسامة بحيث لا تتناسب مطلقا مع قيمة السفل، جاز له ان يأمر ببيع السفل. وإذا بان للقاضى غير ذلك جاز له ان يرخص لصاحب العلو فى ان يقوم بالترميم على نفقة صاحب السفل. ولهذا كانت سلطة القاضى فى ان يأمر ببيع السفل، سلطة جوازية.

وتقضى المادة ٢/٨٥٩ مدنى مصرى والنصوص العربية المطابقة لها بانه يجوز فى كل حال لقاضى الامور المستعجلة ان يأمر بإجراء الترميمات العاجلة. ومن ثم فلا يحق لصاحب العلو ان يقوم بالترميمات فى حالة الاستعجال على نفقة صاحب السفل دون ترخيص من القضاء، وذلك على خلاف ما تقضى به القواعد العامة. فقد اراد الشارع ان يجعل التقدير فى حالة الاستعجال للقضاء من اول الأمر، وذلك نظرا الى ما يلقى على عاتق صاحب السفل فى هذه الحالة من عبء مالى قد يكون كبيرا.

(الملكية في قوانين البلاد العربية – للدكتور الصده – المرجع السابق – ص١١٢ و١١٣)

من أحكام القضاء الحديثة:

١- إذ كان الثابت مما قدمه طرفا النزاع أمام محكمة الموضوع من مستندات أن المطعون ضده أقر في البندين الثاني والعاشر من عقد البيع المؤرخ ١٩٨٤/١٠/٢٤ بأنه باع للطاعن شقة مفرزة هي الشقة رقم ... بالدور ... من العقار المبين في صحيفة الدعوى، والتي تتعادل مع حصة شائعة في العقار مقدارها... وأن هذا البيع يخضع للقواعد المنظمة لملكية الطبقات المنصوص عليها في المواد من ٨٥٦ حتى ٨٦٩ من القانون المدني – وهى ملكية مفرزة للطبقات أو الشقق، وشائعة شيوعا إجباريا في أجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك، ورغم ذلك ظل – المطعون ضده – مصرا على نحو ما هو ثابت من طلب الشهر رقم... لسنة... المقدم منه تجديدا للطلب رقم.... لسنة ... ومما وجهه من إنذارات لمن اشتروا شقق العقار المشار إليه، ومن مشروع عقد البيع النهائي رقم.....في..... على أن البيع لهؤلاء المشترين – ومن بينهم الطاعن – ينصب على حصة شائعة مقدارها ١٢س ١٤ط في كامل أرض ومباني العقار، وامتنع عن تقديم المستندات اللازمة لتسجيل ملكية تلك الشقق مفرزة، فضلا عن أنه تقاعس عن نقل تمويل العقار إلى اسمه حتى عام ١٩٩٢ أي لمدة تزيد على سبع سنوات من تاريخ البيع الحاصل في ١٩٨٤/١٠/٢٤ – وهى أعمال من شأنها منع الطاعن من استعمال حقه في تسجيل ملكيته للشقة المبيعة له مفرزة، والحيلولة دون تحقق الشرط الواقف المنصوص عليه في البند الحادي عشر من عقد البيع سالف البيان (شرط تعليق التزام المطعون ضده بنقل الملكية إلى الطاعن على استخراج شهادة تمويل العقار المشتمل على الشقة المبيعة وتشكيل اتحاد ملاك وقيام جميع المشترين بالتسجيل) فإن ذلك يشكل خطأ في جانب المطعون ضده تترتب عليه مسئوليته العقدية مما يوجب اعتبار ذلك الشرط متحققا حكما. وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر، وأقام قضاءه بعدم قبول دعوى الطاعن (دعواه بطلب الحكم بصحة ونفاذ عقد البيع آنف البيان) على مجرد القول بأنه "لم يستوف ما اتفق عليه في العقد من استخراج شهادة التمويل باسم البائع، وتشكيل اتحاد ملاك بين مشتري وحدات العقار" فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه.

(الطعن رقم ٥٤١٤ ـ لسنة ٦٣ ق ـ تاريخ الجلسة ١٣ / ٠٢ / ٢٠٠١)

مادة (٨٦٠)

(١) إذا انهدم البناء وجب على صاحب السفل أن يعيد بناء سفله. فإذا امتنع جاز للقاضى ان يأمر ببيع السفل الا إذا طلب صاحب العلو ان يعيد هو بناء السفل على نفقة صاحبه.

(٢) وفى الحالة الاخيرة يجوز لصاحب العلو ان يمنع صاحب السفل من السكنى والإنتفاع حتى يؤدى ما فى ذمته، ويجوز له ايضا ان يحصل على اذن فى إيجار السفل أو سكناة استيفاء لحقه.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٨٦٤ ليبى و٨١٥ سورى و١٠٨٤ عراقى.

الأعمال التحضيرية:

يراجع- لاحقا- التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد على نص المادة ٨٦١ مدنى.

رأى الفقه:

١- اما الإلتزام الثانى الذى يفرضه القانون فى جانب صاحب السفل، وهو إعادة بناء السفل إذا انهدم، فقد نصت على احكامه المادة ٨٦٠ مدنى.

وهنا يجب التمييز هنا بين ما إذا كان انهدام البناء بخطأ صاحب العلو أو بغير خطأ منه. فان كان بخطئه رجع صاحب السفل عليه بالتعويض الواجب، ولم يكن ملزما بإعادة بناء السفل، ولكنه إذا اعاد بناءه فعلا رجع لصاحب العلو حقه فى القرار على السفل بعد ان يكون قد دفع التعويض لصاحب السفل، ومن ثم يجوز له ان يبنى علوه من جديد مستقرا على السفل. وان كان انهدام البناء بغير خطأ صاحب العلو، سواء كان الانهدام بخطأ صاحب العلو، سواء كان الانهدام بخطأ صاحب السفل أو بغير خطأ منه، فان على صاحب السفل ان يعيد بناء سفله، لأن لصاحب العلو حق القرار عليه، فيعيد صاحب العلو بناء علوه مستقرا على السفل، بعد ان اعاد صاحبه بناءه. ثم إذا كان هدم البناء بخطأ من صاحب السفل، وجب على هذا الأخير تعويض صاحب العلو عن الضرر الذى يصيبه من جراء هدم علوه ثم إعادة بنائه.

والمفروض طبعا ان البناء يكون قد وقع بعلوه وسفله، بأن يكون السفل قد انهدم فترتب على انهدام العلو. أما إذا انهدم العلو وحده، فلا شأن لصاحب السفل فى إنهدامه انهدام العلو، ويرجع صاحب العلو على من يكون قد تسبب فى الانهدام.

وإذا كان السفل أيلاً للسقوط دون ان ينهدم، فلصاحب العلو ان يستصدر من السلطة الادارية المختصة امرا بهدم السفل، ثم يطالب بإعادة بنائه.

وإذا امتنع صاحب السفل عن إعادة بنائه فى الاحوال التى يجب عليه فيها ذلك، جاز لصاحب العلو اجباره على إعادة البناء، ويكون ذلك بأن يختار صاحب العلو أحد

امرين. فاما ان يطلب من القاضى ان يأمر ببيع السفل على صاحبه، ويكون ثمنه من حق صاحب السفل، وعلى المشترى ان يعيد هو بناء السفل، فانه لم يشتره وهو منهدم الا على هذا الشرط، أو ان يطلب صاحب العلو من القاضى ان يأذن له فى ان يعيد هو بناء السفل على نفقة صاحبه. فإذا اعاد بناءه، رجع بما انفقه على صاحب السفل، ويكون له ضمانا لاستيفاء حقه ان يحبس السفل فى يده، بل يجوز له ايضا ان يحصل على اذن القاضى فى إيجار السفل أو سكناه باجر المثل استيفاء لحقه.

(الوسيط – ٨ – للدكتور السنهوري – المرجع السابق – ص١٠١٢ وما بعدها)

٢– بنص المادة ٨٦٠ مدنى يفرض القانون على صاحب السفل فى حالة تهدم البناء لأى سبب التزاما بإعادة بنائه، حتى يستطيع صاحب العلو ان يبنى طبقته، وهو لا يستطيع التخلص من هذا الإلتزام الا إذا تخلى عن حق ملكيته كما هى القاعدة، وان كان هذا التخلى نادرا اذ انه سيفضل بيع السفل.

فإذا امتنع صاحب السفل عن بناء سفله جاز للقاضى ان يأمر بيع السفل، اى يباع نصيبه فى الارض مع حق القرار عليها. ولكن القاضى لا يجوز له ان يأمر بهذا البيع إذا طلب صاحب العلو ان يعيد هو بناء السفل على نفقة صاحبه. ومعنى ذلك انه يجوز دائما لصاحب العلو ان يطلب إعادة بناء الطبقة السفلى على نفقة صاحبها، ولا يجوز لصاحب السفل ان يتخلص من إعادة البناء على نفقته، وانما يجوز ان يتخلص من ذلك إذا هو تخلى عن حقه.

فإذا اعاد صاحب العلو بناء الطبقة السفلى، كان له حق الرجوع على مالكها بالنفقات، وليس له ان يرجع عليه بالتعويض إلا إذا كان سقوط البناء قد وقع بتعد منه. وفى سبيل اقتضاء صاحب العلو، لما أنفق فى تجديد بناء السفل اجازت له الفقرة الثانية من المادة ٨٦٠ مدنى ان يمنع صاحب السفل من السكنى أو الإنتفاع حتى يؤدى ما فى ذمته، واجازت له ايضا ان يحصل على اذن فى إيجار السفل أو سكناه إستيفاء لحقه، اى حتى يستخلص حقه من اجرته.

ويلاحظ ان إلتزام صاحب السفل بإعادة بناء طبقته يجب ان يقصر على إعادة البناء بشكل يتحمل الطبقة العليا كما كانت. فلا يجوز لصاحب العلو ان يطلب من صاحب الطبقة السفلى ان يجدد له بناء يقوى على تحمل ثلاث طبقات أو اربع إذا لم يكن العلو يملك الا طريقة واحدة.

(الحقوق العينية الأصلية – للدكتور البدراوى – المرجع السابق – ص٢٣٦ و٢٣٧)

٣– إذا انهدم البناء وجب على صاحب السفل ان يعيد بناء سفله، وهذا قيد خطير على الملكية، اذ القاعدة ان المالك حر فى ان يبنى فى ملكه أو يمتنع عن البناء، ولكن الشارع قرر هذا القيد مراعاة للوضع الخاص بالدار المقسمة، حيث يرتبط مصير الطابق الاعلى بمصير الطابق الاسفل، ويستطيع صاحب السفل طبقا للقواعد العامة ان يتخلص من هذا الإلتزام بالتخلى عن ملكية السفل، وان كان لا يعقل ان يتجه صاحب السفل الى هذا التخلى، اذ ان اقصى ما يتعرض له من جزاء فى حالة إمتناعه عن القيام بهذا الإلتزام هو ان يباع السفل، ولا شك فى ان مصلحته تجعله يفضل هذا البيع على التخلى.

فإذا امتنع صاحب السفل عن تجديد سفله جاز للقاضى ان يأمر ببيع السفل، حيث يباع نصيب صاحب السفل فى الارض وحق القرار عليها. وذلك مالم يطلب صاحب العلو ان يعيد هو بناء السفل على نفقة صاحبه، اذ يتعين على القاضى حينئذ ان يجيب صاحب العلو الى طلبه. فالسلطة الاستثنائية التى بمقتضاها يجوز للقاضى ان يأمر ببيع السفل فى هذه الحالة لا تثبت له الا إذا لم يطلب صاحب العلو الترخيص له فى بناء السفل على نفقة صاحبه.

وقد كفل الشارع- بموجب المادة ٢/٨٦٠ مدنى مصرى والمادتان ٢/٨١٥ مدنى سورى و٢/٨٦٤ مدنى ليبى المطابقتان له- لصاحب العلو الوسيلة لاقتضاء ما انفقه فى تجديد السفل دون إرهاق لصاحبه أو تحميله بعبء قد يستنفد كل أمواله. على ان هذا ليس شأنه ان يسلب القاضى كل سلطة فى هذا الشأن. فإذا لم يحبس صاحب العلو البناء تحت يده كى يمنع صاحب السفل من السكنى والإنتفاع حتى يؤدى ما فى ذمته، وطلب صاحب السفل ان يقسط عليه المبلغ الذى أنفق فى التجديد، جاز للقاضى ان يجيبه الى طلبه، وفى هذه الحالة يكون لصاحب السفل ان يسكنه أو يستغله.

وإمتناع صاحب السفل عن تجديده لا يخزل بمجرده صاحب العلو الحق فى ان يطلب التعويض. وهذا الحل يستفاد من الخطة التى اتخذها الشارع فى تحديده للجزاء الذى يترتب على إمتناع صاحب السفل عن القيام بالتزامه فى هذا الخصوص، فقد راعى الشارع فى هذا التحديد الا يكون هناك عنت على صاحب السفل.

ويلاحظ ان صاحب السفل إنما يلتزم بإعادة البناء الى الحالة التى كان عليها قبل ان يصيبه الخلل. فمثلا لو ان البناء كان معدا فى الأصل ليتحمل طابقين فحسب، فلا يحق لصاحب العلو ان يطالب صاحب السفل بتجديد البناء على نحو يتحمل اربع طبقات.

(الملكية في قوانين البلاد العربية – للدكتور الصده – المرجع السابق – ص١١٤ و١١٥)

٤- يلتزم صاحب السفل بإعادة بنائه إذا تهدم البناء، وقد نصت المادة ٨٦٠ مدنى على هذا الإلتزام. وهذا النص لحالة ما إذا انهدم البناء دون ان يعزى ذلك الى خطأ صاحب العلو، وفى هذه الحالة يجب على صاحب السفل إعادة بنائه. ويكون الأمر كذلك من باب اولى، ومع الإلتزام بتعويض صاحب العلو، إذا تم انهدام البناء بخطأ صاحب السفل. فإذا امتنع صاحب المادة ٦٦ من (مرشد الحيران) فى هذا بقولها: " إذا هدم صاحب السفل سفله تعديا، يجب عليه تجديد بنائه، ويجبر على ذلك ".

ولصاحب العلو اما يطلب بيع السفل، فيقوم المشترى بإعادة البناء، واما ان يطلب إعادة بناء السفل على نفقة صاحبه، وله بعد ذلك ان يرجع بالنفقات على صاحب السفل، فإذا لم يقم بالوفاء كان لصاحب العلو ان يستعمل حقه فى الحبس، فيمنع صاحب السفل من السكنى والإنتفاع حتى يؤدى ما فى ذمته. ويجوز له ان يحصل على اذن المحكمة فى إيجار السفل أو سكناه استيفاء لحقه.

(الحقوق العينية الأصلية – العميد الدكتور توفيق حسن فرج – المرجع السابق – ص٣٠٦ و٣٠٧)

٥- على صاحب السفل ان يعيد بناء سفله إذا تهدم حماية لصاحب العلو، ويعيد بعد ذلك صاحب العلو بناء علوه مستقرا على السفل بعد ان يكون صاحبه قد اعاد بناءه.

ويلاحظ انه إذا كان تهدم السفل راجعا الى خطأ صاحب العلو - كأن يكون قد حمل اكثر مما يحتمل عادة- فعليه تقع تكاليف إعادة بنائه.

وإذا امتنع صاحب السفل عن إعادة بنائه بعد ان يكون قد تهدم، فلصاحب العلو ان يطلب من القضاء الاذن له بإعادة بنائه على نفقة صاحب السفل، بل لصاحب العلو بدلا عن ذلك ان يطلب من القضاء الأمر ببيع السفل المشتر يعيد بناءه من جديد ليستقر هو عليه بعد ذلك.

وإذا اذنت المحكمة لصاحب العلو من إعادة بناء السفل على نفقة صاحبه، فلصاحب العلو ان يمنع صاحب السفل من السكنى والإنتفاع بالسفل حتى يؤدى ما هو مستحق عليه تطبيقا للقواعد العامة فى حق الحبس، ولصاحب العلو فى هذه الحالة ايضا ان يحصل على اذن فى إيجار السفل أو سكناه استيفاء لحقه.

(الحقوق العينية الأصلية – للدكتور محمد علي عمران – المرجع السابق – ص٣٥٦)

من أحكام القضاء الحديثة:

١- إذ كان الثابت مما قدمه طرفا النزاع أمام محكمة الموضوع من مستندات أن المطعون ضده أقر في البندين الثاني والعاشر من عقد البيع المؤرخ ١٩٨٤/١٠/٢٤ بأنه باع للطاعن شقة مفرزة هي الشقة رقم ... بالدور ... من العقار المبين في صحيفة الدعوى، والتي تتعادل مع حصة شائعة في العقار مقدارها... وأن هذا البيع يخضع للقواعد المنظمة لملكية الطبقات المنصوص عليها في المواد من ٨٥٦ حتى ٨٦٩ من القانون المدني - وهى ملكية مفرزة للطبقات أو الشقق، وشائعة شيوعا إجباريا في أجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك، ورغم ذلك ظل - المطعون ضده - مصرا على نحو ما هو ثابت من طلب الشهر رقم... لسنة... المقدم منه تجديدا للطلب رقم.... لسنة ... ومما وجهه من إنذارات لمن اشتروا شقق العقار المشار إليه، ومن مشروع عقد البيع النهائي رقم.....في..... على أن البيع لهؤلاء المشترين - ومن بينهم الطاعن - ينصب على حصة شائعة مقدارها ١٢س ١٤ط في كامل أرض ومباني العقار، وامتنع عن تقديم المستندات اللازمة لتسجيل ملكية تلك الشقق مفرزة، فضلا عن أنه تقاعس عن نقل تمويل العقار إلى اسمه حتى عام ١٩٩٢ أي لمدة تزيد على سبع سنوات من تاريخ البيع الحاصل في ١٩٨٤/١٠/٢٤ - وهى أعمال من شأنها منع الطاعن من استعمال حقه في تسجيل ملكيته للشقة المبيعة له مفرزة، والحيلولة دون تحقق الشرط الواقف المنصوص عليه في البند الحادي عشر من عقد البيع سالف البيان (شرط تعليق التزام المطعون ضده بنقل الملكية إلى الطاعن على استخراج شهادة تمويل العقار المشتمل على الشقة المبيعة وتشكيل اتحاد ملاك وقيام جميع المشترين بالتسجيل) فإن ذلك يشكل خطأ في جانب المطعون ضده تترتب

عليه مسئوليته العقدية مما يوجب اعتبار ذلك الشرط متحققا حكما. وإذ خـالف الحكـم المطعون فيه هذا النظر، وأقام قضاءه بعدم قبول دعوى الطاعن (دعواه بطلب الحكـم بصحة ونفاذ عقد البيع آنف البيان) على مجرد القول بأنه "لم يستوف ما اتفق عليه في العقد من استخراج شهادة التمويل باسم البائع، وتشكيل اتحاد ملاك بين مشتري وحدات العقار" فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه.

(الطعن رقم ٥٤١٤ ـ لسنـة ٦٣ ق ـ تاريخ الجلسة ١٣ / ٠٢ / ٢٠٠١)

* * *

obeikan.com

مادة (٨٦١)

لا يجوز لصاحب العلو ان يزيد فى ارتفاع بنائه بحيث يضر بالسفل.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٨٦٥ ليبى و٨١٦ سورى و١٠٨٦ عراقى.

الأعمال التحضيرية:

١- ان ملكية الطبقات لا تشتمل على ملكية مفرزة وملكية شائعة فحسب، بل تشتمل ايضا على قيود قانونية (أو حقوق إرتفاق) ترد على حق الملكية فى السفل وفى العلو.

٢- اما صاحب السفل فعليه ان يقوم بكل الأعمال والترميمات اللازمة لمنع سقوط العلو. وهذا إلتزام ايجابى يستطيع التخلص منه بالتخلى عن ملكية السفل كما هى القاعدة. فإذا امتنع عن القيام بالأعمال اللازمة ولم يتخل عن ملكية السفل جاز للمحكمة ان تأمر ببيع السفل وبإتخاذ الإجراءات العاجلة (م ١٢٢٩ مكررة وتوافق م٥٥/٣٤ من التقنين الحالى).

وهذا حكم عملى هام اخذ من الشريعة (انظر م ٦٧ من مرشد الحيران) بل ان المشروع سار شوطا ابعد من التقنين الحالى فى الاخذ بالشريعة الاسلامية فى هذه المسألة الهامة، فألزم صاحب السفل إذا انهدم سفله ان يعيد بناءه والا بيع السفل، ويجوز لصاحب العلو ان يعيد بناء السفل على نفقة صاحبه وله ان يمنع صاحب السفل من سكناه والإنتفاع به حتى يوفيه حقه، وله ان يؤجره باذن القاضى ويستخلص حقه من اجرته (م١٢٢٩ مكررة ثانيا من المشروع وتوافق م٦٧ من مرشد الحيران).

٣- أما صاحب العلو فلا يجوز له ان يزيد فى ارتفاع بنائه بحيث يضر بالسفل ولا أن يأتى اى عمل من شأنه ان يزيد فى عبء السفل (م ١٢٣٠ من المشروع وتوافق م٥٦/٣٥ من التقنين الحالى وم ٦٨ من مرشد الحيران).

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني – الجزء ٦ – ص١٦٧ و١٦٨)

رأى الفقه:

١- يلتزم صاحب العلو بصفة اساسية بعدم زيادة عبء حق القرار على السفل. ويترتب على ذلك انه لا يجوز لصاحب العلو ان يبنى طابقا فوق علوه إذا نجم عن ذلك ضرر لصاحب السفل، اى ان حقه فى بناء طابق جديد فوق سطحه بالعلو الذى يختاره، يجب معه مراعاة ان لا يضر غيرة بالسفل وان تتحمله اساسات البناء، وان لا يكون فى بنائه للطابق الجديد مخالفة للوائح البناء ونظمه.

كما انه يترتب على ذلك ايضا انه لا يجوز لصاحب العلو ان يزيد فى ارتفاع علوه إذا كانت الزيادة فى الارتفاع تضر بالسفل، فان لم تكن تضر به. وتتحملها اساسات البناء، وتتفق مع لوائح البناء ونظمه. جاز له ذلك.

وليس له بوجه عام ان يأتى بأى عمل يكون من شأنه ان يزيد فى عبء العلو (م٦٨ مرشد الحيران).

(الوسيط – ٨ – للدكتور عبد الرزاق السنهوري – المرجع السابق – ص١٠١٥ وما بعدها)

٢- اوجبت المادة ٨٦١ من القانون المدنى على صاحب العلو التزاما بعدم الزيادة فى ارتفاع بنائه بحيث يضر بالسفل. والحكمة فى هذا الحكم ظاهرة، اذ ان فى زيادة الارتفاع زيادة للعبء الذى يتحمله السفل، وزيادة ايضا لما تتحمله الأجزاء المشتركة من البناء كالاساسات والحوائط الرئيسية، فيجب ان تمنع إذا كان من شانها الاضرار بالسفل أو الاضرار بالأجزاء المشتركة ايضا.

(الحقوق العينية الأصلية – للدكتور عبد المنعم البدراوى – المرجع السابق – ص٢٣٧)

٣- يقع على عاتق صاحب العلو إلتزام بعدم زيادة ارتفاع بنائه، أو بصفة عامة زيادة العبء على البناء حتى لا يضار السفل (م ٨٦١ مدنى).

ولما كان صاحب العلو مالكا له ملكية خالصة، فان له ان يرتفع ببنائه بشرط يزيد فى الارتفاع ويكون من شأن هذه الزيادة الاضرار بالسفل، بل ان له ان يبنى فوق سطحه مع التقيد بهذا القيد. ويؤخذ من هذا ان لصاحب العلو ان يزيد من الارتفاع أو ان يبنى فوق سطحه، طالما كان لا يترتب على ذلك عدم الاضرار بالسفل.

وبالاضافة الى ذلك فان صاحب العلو يلتزم بصيانة ارضية طبقته من بلاط والواح، وعليه ايضا إجراء ما يلزم لصيانة السلم من ابتداء الموضع الذى لا ينتفع به صاحب الطبقة السفلى.

(الحقوق العينية الأصلية – للدكتور توفيق حسن فرج – المرجع السابق – ص٣٠٧ و٣٠٨)

٤- يجب على صاحب العلو ان يمتنع عن كل ما من شأنه الاضرار بصاحب السفل، كما يجب عليه ان يقوم بما يلزم فى العلو لمنع الضرر بصاحب السفل.

ولم يعرض المشرع لالتزامات صاحب العلو الا بالمادة ٨٦١ مدنى، وإذا كان الظاهر من نصها انه يمتنع على صاحب العلو ان يزيد فى ارتفاع بنائه إذا كان من شأن هذه الزيادة الاضرار بالسفل، فيصح التساؤل عن مدى حق صاحب العلو فى زيادة ارتفاع بنائه إذا لم يكن من شأن هذه الزيادة الاضرار بالسفل. للاجابة على هذا نذكر بأن نظام العلو والسفل يفترض وجود إتفاق على ان مالك كل طبقة يملكها كلها بما فيها الجدران الرئيسية والسقف على خلاف الأصل المنصوص عليه فى المادة ٨٥٦ مدنى. وعلى ذلك فالمرجع الاول فى معرفة ما إذا كان لصاحب العلو ان يزيد فى ارتفاع بنائه والى اى حد تكون الزيادة هى سند الملك، فإذا اتضح انه ليس له ان يرتفع اكثر من قدر معين، فلا يجوز له أن يتجاوزه ولو لم يرتب على ارتفاع ضرر للسفل. أما إذا لم يتضح من سندات الملك سوى ان لصاحب العلو حق القرار على السفل، فيكون لصاحب العلو ان يزيد فى ارتفاع بنائه، كأن يبنى طابقا جديدا أو اكثر بشرط ألا يترتب على ذلك ضرر بالسفل. بينما يطلق الدكتور عبد المنعم فرج الصده قائلا: " ولا يجوز له ان يضيف طبقات جديدة، ولو كان هذا لا يضر بالسفل الا بموافقة الملاك الاخرين " (حق الملكية- رقم ١٨٦- ص٢٧٥) وكما يمتنع على

صاحب العلو ان يزيد فى ارتفاع بنائه إذا كان ذلك يضر بالسفل، يمتنع عليه ايضا ان يقوم بأى عمل يضر بالسفل فلا يجوز له مثلا ان يثقل سقف السفل بما يتجاوز طاقته.

وبالاضافة الى الإلتزام بالإمتناع عن كل ما يضر بالسفل يجب على صاحب العلو ان يقوم بعمل ما يلزم فى علوه لمنع حدوث الضرر بالسفل، فعليه ان يتولى صيانة وترميم سطح ارضية طبقته من بلاط أو اخشاب حتى لا تتكشف فيترتب على ذلك الاضرار بسقف السفل.

(حق الملكية – للدكتور منصور مصطفى منصور – طبعة ١٩٦٥ – ص٢٦٨ و٢٦٩)

من أحكام القضاء الحديثة:

١– يجوز لصاحب الطابق الاعلى ان ينشئ شرفات مماثلة لشرفات الطابق الاسفل طالما انها لا ترتكز على دعائم فى الارض ولا تمس الطابق الاسفل بأى ضرر.

(إستئناف بيروت المدنية – جلسة – ٢٣ تشرين الأول سنة ١٩٥٦ – قرار ١٣٤٦ – ص٦٥)

٢– إذ كان الثابت مما قدمه طرفا النزاع أمام محكمة الموضوع من مستندات أن المطعون ضده أقر في البندين الثاني والعاشر من عقد البيع المؤرخ ١٩٨٤/١٠/٢٤ بأنه باع للطاعن شقة مفرزة هي الشقة رقم ... بالدور ... من العقار المبين في صحيفة الدعوى، والتي تتعادل مع حصة شائعة في العقار مقدارها... وأن هذا البيع يخضع للقواعد المنظمة لملكية الطبقات المنصوص عليها في المواد من ٨٥٦ حتى ٨٦٩ من القانون المدني – وهى ملكية مفرزة للطبقات أو الشقق، وشائعة شيوعا إجباريا في أجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك، ورغم ذلك ظل – المطعون ضده – مصرا على نحو ما هو ثابت من طلب الشهر رقم... لسنة... المقدم منه تجديدا للطلب رقم.... لسنة ... ومما وجهه من إنذارات لمن اشتروا شقق العقار المشار إليه، ومن مشروع عقد البيع النهائي رقم.....في..... على أن البيع لهؤلاء المشترين – ومن بينهم الطاعن – ينصب على حصة شائعة مقدارها ١٢س ١٤ط في كامل أرض ومباني العقار، وامتنع عن تقديم المستندات اللازمة لتسجيل ملكية تلك الشقق مفرزة، فضلا عن أنه تقاعس عن نقل تمويل العقار إلى اسمه حتى عام ١٩٩٢ أي لمدة تزيد على سبع سنوات من تاريخ البيع الحاصل في ١٩٨٤/١٠/٢٤ – وهى أعمال من شأنها منع الطاعن من استعمال حقه في تسجيل ملكيته للشقة المبيعة له مفرزة، والحيلولة دون تحقق الشرط الواقف المنصوص عليه في البند الحادي عشر من عقد البيع سالف البيان (شرط تعليق التزام المطعون ضده بنقل الملكية إلى الطاعن على استخراج شهادة تمويل العقار المشتمل على الشقة المبيعة وتشكيل اتحاد ملاك وقيام جميع المشترين بالتسجيل) فإن ذلك يشكل خطأ في جانب المطعون ضده تترتب عليه مسئوليته العقدية مما يوجب اعتبار ذلك الشرط متحققا حكما. وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر، وأقام قضاءه بعدم قبول دعوى الطاعن (دعواه بطلب الحكم بصحة ونفاذ عقد البيع آنف البيان) على مجرد القول بأنه "لم يستوف ما اتفق عليه في العقد من استخراج شهادة التمويل باسم البائع، وتشكيل اتحاد ملاك بين مشتري وحدات العقار" فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه.

(الطعن رقم ٥٤١٤ ـ لسنة ٦٣ ق ـ تاريخ الجلسة ١٣ / ٠٢ / ٢٠٠١)

مـادة (٨٦٢)

إتحاد ملاك طبقات البناء الواحد

(١) حيثما وجدت ملكية مشتركة لعقار مقسم الى طبقات أو شقق جاز للملاك ان يكونوا اتحادا فيما بينهم.

(٢) ويجوز ان يكون الغرض من تكوين الاتحاد بناء العقارات أو مشتراها لتوزيع ملكية اجزائها على اعضائها.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٨٦٦ ليبى و٨١٧ سورى.

الأعمال التحضيرية:

يراجع- لاحقا- التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد على نص المادة ٨٦٩ مدنى.

رأى الفقه:

١- يتبين من نص المادة ٨٦٢ مدنى ان ملاك طبقات البناء وشققها يجوز لهم أن يكونوا فيما بينهم إتحاداً لإدارة الأجزاء الشائعة فى البناء، وذلك إذا رغبوا في الإنتفاع بما يكون للإتحاد في الإنتفاع بما يكون للإتحاد في إدارة الأجزاء الشائعة من سلطات أوسع وتيسيرات أكثر عما يكون عليه الأمر لو أنهم إقتصروا على تطبيق القواعد المقررة في إدارة المال الشائع.

ويجب، لتكوين هذا الإتحاد، إجماع الملاك على تكوينه، إذ أن سلطاته أوسع من سلطات المدير العادى للمال الشائع، ويكون جيمع الملاك أعضاء في الإتحاد ما داموا قد أجمعوا على إنشائه.

وليس من الضرورى أن يتكون هذا الإتحاد بعد إنشاء البناء، بل يجوز أن يكون الغرض من تكوين الإتحاد هو بالذات الحصول على بناء متعدد الطبقات والشقق، يبنيه الإتحاد أو يشتريه، ثم يوزع طبقاته وشققه على الأعضاء، وفى هذا تشجيع كبير على الإكثار من ملكية الطبقات، أشد ما تكون الحاجة إليها في وقت إشتدت فيه أزمة المساكن عقب الحربين العالمتين الأولى والثانية، وعلى أثر تزايد السكان تزايداً سريعاً.

(الوسيط – ٨ – للدكتور السنهورى – المرجع السابق – ص١٠٢٦ و١٠٢٧)

٢ – تقتضى إدارة البناء المشترك قيام هيئة تتولى ذلك، هذه الهيئة هي ما يطلق عليها، إتحاد ملاك طبقات البناء الوأحد، وتشكل هذه الهيئة من الشركاء فيما بينهم بقصد إدارة العقار المشترك. وتقوم هذه الهيئة حيثما توجد ملكية مشتركة في عقار مقسم إلى طبقات أو شقق، وقيام هذه الهيئة أمر جوازى في القانون المدني. أما في قانون الإيجار فإن قيام هذا الإتحاد يكون وجوبياً إذا جاوز عدد الطوابق أو الشقق

خمساً وجاوز عدد ملاكها خمسة أشخاص. ولم ينص القانون على أن إتحاد الملاك يعتبر شخصاً معنوياً، ولكنه مع ذلك يعتبره شخصاً معنوياً، إذ يقر له ذمة مالية مستقلة، ويجيز له التقاضى بإسمه عن طريق مأمور يتولى ذلك. وثبوت الشخصية المعنوية للجمعية أو الإتحاد يكون بقصد القيام بأعمال العقار المشترك. ويعين للإتحاد مأمور، ويبين القانون كيفية تعيينه ومهمته وأجره وكيفية عزله.

(حق الملكية – للدكتور منصور مصطفى – المرجع السابق – ص٢٥٨ و٢٥٩)

٣ – وفقاً لنص المادة ٨٦٣ مدني يجب التمييز بين، فرضين:

الأول: أن توجد فعلاً ملكية مشتركة لعقار مقسم إلى طبقات أو شقق، ثم يكون الملاك إتحاداً يتولى إدارته.

والفرض الثاني: أن يتفق عدد من الأشخاص على تكوين إتحاد فيما بينهم بقصد بناء عقارات أو مشتراها لتوزيع ملكيتها عليهم.

ففى الفرض الأول حيث توجد فعلاً ملكية الطبقات أو الشقق نلاحظ أولاً أن المشرع قد جعل تكوين الإتحاد بين الملاك جوازياً. ونظراً إلى أن هذا الإتحاد يعتبر جماعة من الأشخاص ذات صفة دائمة لغرض غير الحصول على الربح، فتتحقق فيه مقومات الجمعية، ولكن المشرع لم يسمه جميعة، كما أن أخضعه لأحكام تختلف عن أحكام الجمعيات، فدل بذلك على أنه يقصد عدم إخضاعه لأحكام الجمعيات. وإذا كان المشرع لم ينص صراحة على إعتبار الإتحاد شخصاً معنوياً، إلا أن النصوص تدل على أنه يعتبره شخصاً، إذ تفيد هذه النصوص أن للإتحاد ذمة وأن له حق التقاضى، لكن الإعتراف للإتحاد بالشخصية لا يعنى أنه هو مالك البناء، فتبقى ملكية البناء للأعضاء لكل منهم طبقته أو شقته ملكية مفرزة وحصة شائعة في الأجزاء المشتركة، فتقتصر ذمة الإتحاد نفسه على الإشتراكات إلى يدفعها الأعضاء.

(الحقوق العينية الأصلية – للدكتور محمد علي عمران – المرجع السابق – ص٣٤٧ و٣٤٨)

٤– يتبين من نص المادة ٨٦٢ مدنى أن الملاك للطبقات أو الشقق أن يكونوا فيما بينهم إتحاداً. ولا يشترط أن يتم تكوين هذا الإتحاد بعد إنشاء البناء أو فى أثناء إنشائه. بل يجوز أن يكون الغرض من تكوين هذا الإتحاد هو بناء العقارات أو مشتراها لتوزيع ملكية أجزائها بعد ذلك على أعضائها.

ولكن بصدور القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ (م٧٣ منه) أصبح قيام إتحاد الملاك يتم بقوة القانون إذا زادت طبقات المبنى أو شققه على خمس وجاوز عدد ملاكها خمس أشخاص.

(الحقوق العينية الأصلية – للدكتور – محمد علي عمران – المرجع السابق – ص٣٤٧ و٣٤٨)

أحكام القضاء الحديثة:

١– إدارة الأجزاء المشتركة في العقار المقسم إلى طبقات أو شقق لإتحاد الملاك قراراته ملزمة شرطه. دعوة جميع ذوى الشأن إلى الإجتماع وصدور قراراته من أغلبية محسوبة على أساس قيمة الأنصبة. تعيين مأمور الإتحاد بذات الأغلبية. مهمته تنفيذ قراراته وتمثيله أمام القضاء حتى في مخاصمة الملاك أنفسهم.

النص في المادة ٨٦٢ من القانون المدني على أن: " (١) حيثما وجدت ملكية مشتركة لعقار مقسم إلى طبقات أو شقق جاز للملاك أن يكونوا إتحاد فيما بينهم. (٢) ويجوز أن يكون الغرض من تكوين الإتحاد بناء العقارات أو مشتراها لتوزيع ملكية أجزائها على أعضائها "، وفى المادة ٨٦٤ منه على أن " إذا لم يوجد نظام للإدارة أو إذا خلا النظام من النص على بعض الأمور، تكون إدارة الأجزاء المشتركة من حق الإتحاد، وتكون قراراته في ذلك ملزمة، بشرط أن يدعى جميع ذوى الشأن بكتاب موصى عليه إلى الإجتماع، وأن تصدر القرارات من أغلبية الملاك محسوبة على أساس قيمة الأنصباء "، وفى المادة ٨٦٦ منه على أن " (١) يكون للإتحاد مأمور يتولى تنفيذ قراراته، ويعين بالأغلبية المشار إليها في المادة ٨٦٤... (٢) ويمثل المأمور الإتحاد أمام القضاء حتى في مخاصمة الملاك إذا إقتضى الأمر، وفى المادة ١٤ من قرار وزير الإسكاني ١٠٩ لسنة ١٩٧٩ بإصدار النظام النموذجى لإتحاد الملاك على أن تشكيل الجمعية العمومية. تتكون الجمعية العمومية للإتحاد من جميع أعضائه..... " وفى المادة ١٧ منه على أن " نصاب الإجتماع: فيما عدا الحالات التى ورد فيها نص خاص فى القانون أو فى هذا النظام لا يكون إنعقاد الجمعية العمومية صحيحاً إلا بحضور مالكى ٦٠ % على الأقل من الأنصبة في العقار، فإذا لم يتوافر هذا النصاب فى الإجتماع إنعقدت الجمعية العمومية دعوة ثانية خلال الخمسة عشر يوماً التالية. ويعتبر إجتماعها الثاني صحيحاً أياً كان عدد الأعضاء الحاضرين وأياً كانت ملكياتهم ". وفى المادة ١٨ منه على أن ".... تصدر قرارات الجمعية العمومية من أغلبية أصوات الحاضرين محسوبة على أساس قيمة الأنصباء " فإن مفاد هذه النصوص مجتمعة أن تكون إدارة الأجزاء المشتركة فى العقار المقسم إلى طبقات أو شقق لإتحاد الملاك وفقاً للنظام إلى يضعه لذلك أو بقرارات فردية يصدرها إذا لم يكن قد وضع لنفسه نظاماً، وتكون قراراته في ذلك ملزمة بشرط أن يدعى جميع ذوى الشأن بموجب كتب موصى عليها إلى الإجتماع وأن تصدر القرارات من أغلبية الملاك محسوبة على أساس قيمة الأنصباء، وإن تعيين مأمور الإتحاد الذى يتولى تنفيذ قراراته وتمثيله أمام القضاء حتى في مخاصمة الملاك أنفسهم متى إستلزم الأمر ذلك إنما يكون بذات الأغلبية المشار إليها.

(الطعن ٣٠٠٨ لسنة ٦٢ق – جلسة ١٩٩٩/١/١٧ لم ينشر بعد)

٢- إجتماع إتحاد الملاك. شرط صحته. حضور مالكى ٦٠% على الأقل من الأنصبة، عدم توافر هذه الأغلبية. لازمه. دعوى الجمعية العمومية للإنعقاد صحة إجتماعها أياً كان عدد الأعضاء الحاضرين وأياً كانت ملكياتهم.

إجتماع إتحاد الملاك لا يكون صحيحاً إلا بحضور مالكى ٦٠% على الأقل من الأنصبة، فإذا لم تتوافر هذه الأغلبية تدعى الجمعية العمومية للإنعقاد بناء على دعوى ثانية خلال الخمسة عشر يوماً التالية ويكون الإجتماع في هذه الحالة صحيحاً أياً كان عدد الأعضاء الحاضرين وأياً كانت ملكياتهم.

(الطعن ٣٠٠٨ لسنة ٦٢ق – جلسة ١٩٩٩/١/١٧ لم ينشر بعد)

٣- تكوين إتحاد الملاك لبناء العقارات أو مشتراها وتوزيع ملكياتها على أعضائها. مأمور الإتحاد يمثله في تنفيذ قراراته فى هذا الشأن في مرحل البناء. لازمه. إحتساب تكاليفه وتوزيعهاعلى وحداته. توزيع الوحدات على الأعضاء. أثره. لكل عضو ملكية مفرزة للوحدة التى إختص بها وملكية شائعة في الأجزاء الشائعة. إنحصار سلطات مأمور الإتحاد فى إدارة الأجزاء الشائعة.

إذا كان الغرض من تكوين الإتحاد بناء العقارات أو مشتراها وتوزيع ملكية أجزائها على أعضائها فإن مأمور الإتحاد هو الذى يمثل الإتحاد في تنفيذ قراراته في هذا الشأن في مرحلة البناء بما يستلزمه ذلك من إحتساب تكاليفه وتوزيعها على وحداته كل حسبما تميزت به من صفات والى أن يتم توزيع هذه الوحدات على الأعضاء يكون لكل عضو في الإتحاد ملكية مفرزة للوحدة التى إختص بها وملكية شائعة مع باقى الشركاء في الأجزاء الشائعة كالمناور والسلالم والمصاعد والأسطح والأبنية وتنحصر عندئذ سلطات مأمور الإتحاد في إدارة الأجزاء الشائعة من العقار.

(الطعن ٣٠٠٨ لسنة ٦٢ق – جلسة ١٩٩٩/١/١٧ لم ينشر بعد)

٤- إتحاد الملك قبل نفاذ ق٤ لسنة ١٩٩٦. نشأته بقوة القانون بمجرد زيادة عدد كل من الشقق وملاكها على خمسة ولو لم يكن له نظام مكتوب أو مجلس إدارة. المادتان ٧٣ق ٤٩ لسنة ١٩٧٧، ٨٦٢ مدني.

إن النص في المادة ٧٣ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فى شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر – التى أبقى عليها القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ – على أن " إذا زادت طبقات المبنى أو شققه على خمس، وجاوز عدد ملاكها خمسة أشخاص قام بقوة القانون إتحاد الملاك المنصوص عليه في المادة ٨٦٢ من القانون المدني.... ويكون البائع بالتقسيط عضواً في الإتحاد حتى تمام الوفاء بكامل أقساط الثمن، كما يكون المشترى بعقد غير مسجل عضواً في الإتحاد " مؤداه أن إتحاد الملاك – قبل نفاذ القانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٦ – كان ينشأ بقوة القانون بمجرد زيادة عدد الشقق على خمس، وملاكها على خمسة أشخاص، حتى ولو لم يكن له نظام مكتوب أو مجلس إدارة.

(الطعن ٥٤١٤ لسنة ٦٣ق جلسة ٢٠٠١/٢/١٣ لم ينشر بعد)

(الطعن رقم ٦٩ لسنة ٧٥ق – جلسة ٢٠٠٦/٣/٢١)

* * *

بسم الله الرحمن الرحيم
بإسم الشعب
محكمة النقض
الدائرة المدنية

برئاسة السيد المستشار / عبد العال السمان **نائب رئيس المحكمة**
وعضوية السادة المستشارين / د. سعيد فهمي خليل
/ محمد جمال الدين سليمانو/ السيد عبد الحكيم و/ ممدوح القزاز
نواب رئيس المحكمة
وبحضور رئيس النيابة السيد / مجدى الشريف.
وأمين السر السيد / أحمد مصطفى النقيب.
في الجلسة العلنية المنعقدة بمقر المحكمة بمدينة القاهرة.
في يوم الثلاثاء ٢١ من صفر سنة ١٤٢٧ ه- الموافق ٢١ من مارس سنة ٢٠٠٦.

أصدرت الحكم الأتى

في الطعن المقيد في جدول المحكمة برقم ٩٠٣١ لسنة ٧٥ق.

المرفوع من

١ – السيد /رمضان علي محمد عباس.
المقيم ٢٦٧ شارع مصطفى كامل غبريال قسم الرمل الإسكندرية.
٢ – السيد / أميل رمزى بشاى
المقيم بملكه بالعقار الكائن بتقاطع شارعي سيف ومصطفى كامل بنهاية شارع سيف الراسى السوداء – سيدى بشر قبلى المنتزه – الإسكندرية.
لم يحضر أحد عن الطاعنين.

ضد

السيد / محمد موسى أمبابى (صاحب مسرح كوكب الشرق)
المقيم بملك إبراهيم جويدة – أرضى المحمرة – بجوار مسجد السلام سيدى بشر بحرى قسم المنتزه – الإسكندرية.
لم يحضر أحد عن المطعون ضده.

في يوم ٢٠٠٥/١/٣ طعن بطريق النقض في حكم محكمة إستئناف إسكندرية الصادر بتارخ٢٠٠٤/١١/١٠ في الإستئنافين رقمي ٢٨٨٩، ٥٥٩٢ لسنة ٦٠ق – وذلك بصحيفة طلب فيها الطاعنان الحكم بقبول الطعن شكلاً وفي الموضوع بنقض الحكم المطعون فيه وإحالة القضية إلى محكمة إستئناف إسكندرية وذلك للفصل فيها من جديد مع إلزام المطعون ضده المصاريف والأتعاب.

وفى اليوم نفسه أودع الطاعنان مذكرة شارحة.
وفى ٢٠٠٥/١/١١ أعلن المطعون ضده بصحيفة الطعن.
ثم أودع النيابة مذكرتها وطلبت فيها قبول الطعن شكلاً وفي الموضوع بنقض الحكم المطعون فيه. وبجلسة ٢٠٠٥/١٢/٦ عرض الطعن على المحكمة في غرفة مشورة فرأت أنه جدير بالنظر فحددت لنظره جلسة ٢٠٠٦/١/٣ وبها سمعت الدعوى أمام هذه الدائرة على ما هو مبين بمحضر الجلسة حيث صممت النيابة على ما جاء بمذكرتها والمحكمة أرجأت إصدار الحك إلى جلسة اليوم.

المحكمة

بعد الإطلاع على الأوراق وسماع التقرير الذى تلاه السيد المستشار/المقرر/السيد عبد الحكم السيد – نائب رئيس المحكمة – والمرافعة وبعد المداولة.
حيث إن الطعن إستوفى أوضاعه الشكلية.
وحيث إن الوقائع – على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق – تتحصل في أن المطعون ضده أقام على الطاعنين الدعوى ٤٨٢٩ سنة ٢٠٠٠ مدني محكمة الإسكندرية الإبتدائية بطلب الحك بإلزام الطاعن الأول في مواجهة الثاني بتسليمه عين النزاع المبينة بصحيفة الدعوى وعقد البيع المؤرخ ١٩٩٩/٩/١٣ مع إلزامه بأن يؤدى له مبلغ ٣٠٠٠٠ جنيه قيمة الشرط الجزائي بهذا العقد على سند من أنه إشترى العين من الطاعن الأول الذى لم يسلمها إليه فأقام الدعوى، ندبت المحكمة خبيراً وبعد أن قدم تقريره الأصلى والتكملي حكمت بإلزام الطاعن الأول في مواجهة الطاعن الثاني بتسليم العين وأن يؤدى للمطعون ضده مبلغ ٨٤٠٠ جنيه كتعويض إتفاقي بحكم إستأنفه الأول بالإستئناف ٢٨٨٩ سنة ٦٠ق إسكندرية وإستأنفه الثاني لدى ذات المحكمة بالإستئناف ٥٥٩٢ سنة ٦٠ق، قضت المحكمة برفضهما وتأييد الحكم المستأنف. طعن الطاعنان في هذا الحكم بطريق النقض، أودعت النيابة مذكرة أبدت فيها الرأي بنقضه، عرض الطعن على المحكمة في غرفة مشورة فحددت جلسة لنظره وفيها إلتزمت النيابة رأيها. وحيث إن مما ينعاه الطاعنان على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون وتأويله وفي بيان ذلك يقولان أن الطاعن الأول تمسك لدى محكمة الموضوع بعدم قبول الدعوى قبله لرفعها عليه بشخصه دون صفته كمأمور إتحاد الملاك التى تعاقد بها مع المطعون ضده غير أن الحكم المطعون فيه رد على ذلك بأنه تناضل في موضوع الدعوى أمام محكمة أول درجة بصفته الشخصية وأنه أبدى دفاعه أمامها بصفته بائعاً وليس بصفته مأموراً لإتحاد الملاك وهو ما لا يواجه الدفع بعدم قبول الدعوى بما يعيب الحكم ويستوجب نقضه.
وحيث إن هذا النعى سديد ذلك أن النص في المادة ٥٢ من القانون المدني على أن الأشخاص الإعتبارية هي ١ – الدولة وكذلك المديريات والمدن والقرى بالشروط التى يحددها القانون والإدارت والمصالح وغيرها من المنشآت العامة التى يمنحها القانون شخصية إعتبارية.... " وفي المادة ٥٣ منه على أن " (١ – الشخص الإعتباري يتمتع بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازماً لصفة الإنسان الطبيعية وذلك

في الحدود التى قررها القانون ٢ – فيكون له (أ) ذمة مالية مستقلة. (ب) أهلية في الحدود التى بعينها سند إنشائه أو التى يقررها القانون. (ج) حق التقاضى. (د)..... ٣ – ويكون له نائب يعبر عن إرادته) يدل على أنه متى إكتسبت إحدى الجهات أو المنشآت الشخصية الإعتبارية فإن القانون يخولها كافة مميزات الشخصية القانونية من ذمة مالية مستقلة وإرادة يعبر عنها نائبها وأهلية لإكتساب الحقوق والإلتزام بالواجبات فضلاً عن أهليتها للتقاضى وذلك وفقاً للقواعد وفي الحدود المقررة بسند إنشائها ويتعين بالتالى مخاطبة الشخص الإعتباري في مواجهة النائب القانوني الذى يحدده سند إنشائه بحيث لا يحاج بأية إجراءات أو تصرفات قانونية توجه إلى غيره، وإذ كان مفاد نص المادتين ١/٨٦٢، ٢/٨٦٦ من ذات القانون أن إتحاد الملاك هو جمعية من جميع ملاك الطبقات والشقق في البناء الواحد، يتم تكوينها بغرض إدارة الأجزاء الشائعة في البناء لمصلحة جميع الأعضاء، وهو يتمتع شأنه في ذلك شأن أية جميعة بالشخصية المعنوية ومن ثم فهو يقاضى ويقاضى ويمثله مأموره أمام القضاء حتى في مخاصمة الملاك الشركاء إذا إقتضى الأمر، لما كان ذلك وكان الثابت بعقد البيع سند المطعون ضده في دعواه أن الطاعن الأول وبصفته مأمور إتحاد ملاك البدر قد باع المحل التجاري موضوع النزاع للمطعون ضده ومن ثم فإن مقاضاته بشأن ذلك المحل لا يكون إلا بالصفة التى باع بها وهي مأمور الإتحاد وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وأجاز إختصامه في الدعوى بشخصه فإنه يكون قد خالف القانون بما يوجب نقضه بالنسبة للطاعن الأول. وحيث إن المحكمة وقد إنتهت إلى نقض الحكم المطعون فيه بالنسبة للطاعن الأول وكان الحكم المطعون فيه الصادر بإلزام الطاعن الأول في مواجهة الطاعن الثاني بتسليم العين موضوع النزاع نفاذاً لعقد البيع ضد المطعون ضده بتاريخ ١٩٩٩/٩/١٣ فإن نقض الحكم بالنسبة للطاعن الأول يستتبع حتماً نقضه بالنسبة للطاعن الثاني، ومن ثم فإن المحكمة تقضى بنقضه بالنسبة له دون حاجة لبحث أسباب الطعن الخاصة به بصحفية الطعن.

لذلك

نقضت المحكمة الحكم المطعون فيه وألزمت المطعون ضده المصروفات ومائتى جنيه مقابل أتعاب المحاماة، وحكمت في موضوع الإستئنافين بإلغاء الحكم المستأنف وبعدم قبول الدعوى وألزمت المستأنف ضده المصروفات عن الدرجتين ومائة جنيه مقابل أتعاب المحاماة.

أمين السر **نائب رئيس المحكمة**

٥– النص في المادة ٧٣ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ في شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر التي أبقى عليها القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ قد نصت على أن ينشأ بقوة القانون اتحاد الملاك المنصوص عليه في المادة ٨٦٢ من القانون المدني إذا زادت طوابق المبنى أو شققه على خمس وجاوز عدد ملاكها خمسة أشخاص إلا أن مدة هذا الاتحاد لا تبدأ – وعلى ما نصت عليه المادة

التاسعة من النظام النموذجي له – الذي صدر به قرار وزير الإسكان رقم ١٠٩ لسنة ١٩٧٩ – إلا من تاريخ قيده بالوحدة المحلية المختصة وعلى ذلك فأنه قبل قيد الاتحاد وتعيين مأمور له يرجع إلى الأصل العام المنصوص عليه في المادة ٨٣٠ مدني وهو أن يكون شريك على الشيوع ان يتخذ من المسائل مل يلزم لحفظ المال الشائع ويعتبر فيما يقوم به من أعمال في هذا الصدد أصيلا عن نفسه ووكيلا عن سائر الشركاء طالما لم يعترض أحد منهم على عمله.

(الطعن رقم ١٣٣٩ ـ لسنة ٧٢ ق ـ تاريخ الجلسة ٢٨ / ٠١ / ٢٠٠٣)

٦– النص في المادة ٧٣ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ في شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر التي أبقى عليها القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ قد نصت على أن ينشأ بقوة القانون اتحاد الملاك المنصوص عليه في المادة ٨٦٢ من القانون المدني إذا زادت طوابق المبنى أو شققه على خمس وجاوز عدد ملاكها خمسة أشخاص إلا أن مدة هذا الاتحاد لا تبدأ – وعلى ما نصت عليه المادة التاسعة من النظام النموذجي له – الذي صدر به قرار وزير الإسكان رقم ١٠٩ لسنة ١٩٧٩ – إلا من تاريخ قيده بالوحدة المحلية المختصة وعلى ذلك فأنه قبل قيد الاتحاد وتعيين مأمور له يرجع إلى الأصل العام المنصوص عليه في المادة ٨٣٠ مدني وهو أن يكون شريك على الشيوع ان يتخذ من المسائل ما يلزم لحفظ المال الشائع ويعتبر فيما يقوم به من أعمال في هذا الصدد أصيلا عن نفسه ووكيلا عن سائر الشركاء طالما لم يعترض أحد منهم على عمله.

(الطعن رقم ٢٤٤٢ ـ لسنة ٥٧ ق ـ تاريخ الجلسة ٢٢ / ٠٤ / ٢٠٠٣)

* * *

obeikan.com

مـادة (٨٦٣)

للإتحاد أن يضع بموافقة جميع الأعضاء نظاماً لضمان حسن الإنتفاع بالعقار المشترك وحسن إدارته.

النصوص العربية المقابلة

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٨٦٧ ليبى و٨١٨ سورى.

الأعمال التحضيرية:

ينظر – لاحقاً – التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد على نص المادة ٨٦٩ مدني.

رأي الفقه:

١– يؤخذ من نص المادة ٨٦٣ مدني أن الإتحاد بالخيار بين أن يضع لائحة تنظيمية يسير عليها في تمكين الأعضاء من الإنتفاع بالأجزاء الشائعة من البناء وفى حسن إدارة هذه الأجزاء الشائعة، وبين أن لا يضع لائحة ما ويكتفى بإتخاذ القرارات الفردية اللازمة لإدارة الأجزاء الشائعة. وهو إذا وضع لائحة فإنه يتقيد بها ولا يستطيع أن ينحرف عنها، لذلك أوجب المشرع أن تكون هذه اللائحة بموافقة جميع الأعضاء، فلا يجوز تعديلها إلا بموافقة جميع الأعضاء أيضاً، وهذا يكفل إستقرار العمل في الإتحاد، ويجعل سير الإدارة موطداً منتظماً على هدى من قواعد مقررة ونظام موضوع. وتسرى اللائحة على جميع ملاك الطبقات والشقق – وهدم أعضاء الإتحاد – وعلى ورثتهم من بعدهم.

(الوسيط – ٨ – للدكتور السنهورى – المرجع السابق – ص١٠٢٩ و١٠٣٠)

٢– وظيفة الإتحاد هي إدارة العقار المشترك، فإذ إتفق جميع الأعضاء على نظام معين أي على لائحة لتنظيم الإنتفاع بالعقار وإدارته، فتكون هذه اللائحة هي المرجع الأول في كل ما عرضت له من مسائل. ويلاحظ أن المشرع يشترط الإجماع لوضع اللائحة، خلافاً للقاعدة المقررة نظام للإدارة ولحسن الإنتفاع بالمال الشائع (م٢/٨٢٨ مدني).

(حق الملكية – للدكتور منصور مصطفى – المرجع السابق – ص٢٥٩ و٢٦٠)

من أحكام القضاء الحديثة:

١– إذ كان الثابت مما قدمه طرفا النزاع أمام محكمة الموضوع من مستندات أن المطعون ضده أقر في البندين الثاني والعاشر من عقد البيع المؤرخ ١٩٨٤/١٠/٢٤ بأنه باع للطاعن شقة مفرزة هي الشقة رقم ... بالدور ... من العقار المبين في صحيفة الدعوى، والتي تتعادل مع حصة شائعة في العقار مقدارها... وأن هذا البيع يخضع للقواعد المنظمة لملكية الطبقات المنصوص عليها في المواد من ٨٥٦ حتى

٨٦٩ من القانون المدني – وهى ملكية مفرزة للطبقات أو الشقق، وشائعة شيوعا إجباريا في أجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك، ورغم ذلك ظل – المطعون ضده – مصرا على نحو ما هو ثابت من طلب الشهر رقم... لسنة... المقدم منه تجديدا للطلب رقم.... لسنة ... ومما وجهه من إنذارات لمن اشتروا شقق العقار المشار إليه، ومن مشروع عقد البيع النهائي رقم.....في..... على أن البيع لهؤلاء المشترين – ومن بينهم الطاعن – ينصب على حصة شائعة مقدارها ١٢س ١٤ط في كامل أرض ومباني العقار، وامتنع عن تقديم المستندات اللازمة لتسجيل ملكية تلك الشقق مفرزة، فضلا عن أنه تقاعس عن نقل تمويل العقار إلى اسمه حتى عام ١٩٩٢ أي لمدة تزيد على سبع سنوات من تاريخ البيع الحاصل في ١٩٨٤/١٠/٢٤ – وهى أعمال من شأنها منع الطاعن من استعمال حقه في تسجيل ملكيته للشقة المبيعة له مفرزة، والحيلولة دون تحقق الشرط الواقف المنصوص عليه في البند الحادي عشر من عقد البيع سالف البيان (شرط تعليق التزام المطعون ضده بنقل الملكية إلى الطاعن على استخراج شهادة تمويل العقار المشتمل على الشقة المبيعة وتشكيل اتحاد ملاك وقيام جميع المشترين بالتسجيل) فإن ذلك يشكل خطأ في جانب المطعون ضده تترتب عليه مسئوليته العقدية مما يوجب اعتبار ذلك الشرط متحققا حكما. وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر، وأقام قضاءه بعدم قبول دعوى الطاعن (دعواه بطلب الحكم بصحة ونفاذ عقد البيع آنف البيان) على مجرد القول بأنه "لم يستوف ما اتفق عليه في العقد من استخراج شهادة التمويل باسم البائع، وتشكيل اتحاد ملاك بين مشتري وحدات العقار" فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه.

(الطعن رقم ٥٤١٤ ـ لسنة ٦٣ ق ـ تاريخ الجلسة ١٣ / ٠٢ / ٢٠٠١)

* * *

مادة (٨٦٤)

إذا لم يوجد نظام للإدارة، أو إذا خلا النظام من النص على بعض الأمور، تكون إدارة الأجزاء المشتركة من حق الإتحاد، وتكون قراراته في ذلك ملزمة، بشرط أن يدعى جميع ذوى الشأن بكتاب موصى عليه إلى الإجتماع. وأن تصدر القرارات من أغلبية الملاك محسوبة على أساس قيمة الأنصباء.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٨٦٨ ليبى و٨١٩ سوري، وأنظر مادة ١٠ لبنانى.

الأعمال التحضيرية:

يراجع – لاحقاً – التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد على نص المادة ٨٦٩ مدني.

رأي الفقه:

١– يخلص من هذا النص أنه إذا لم يضع الإتحاد لائحة تنظيمية يسير عليها في إدارته للأجزاء الشائعة أو إذا خلت اللائحة التنظيمية الموضوعة من نص في المسألة التى يبحث الإتحاد فيها، فإن سبيل الإتحاد في القيام بمهمته من الإدارة هو إتخاذ قرارات فردية فى كل مسألة من المسائل التى تعرض له على حده. سواء أكانت تعلقت المسألة بالإدارة المعتادة أو غير المعتادة ففى الحالتين يتخذ الإتحاد قرارات فردية بأغلبية عادية محسوبة على أساس قيمة أنصبة الملاك ،وتكون قراراته في هذه الحالة ملزمة لجميع الملاك من وافق منهم ومن لم يوافق.

ويشترط لصحة هذه القرارات الفردية:

١– أن يدعى جميع ملاك الطبقات والشقق إلى الإجتماع الذى يعقده الإتحاد بكتاب موصى عليه من مأمور الإتحاد أو من يقوم مقامه (فلا يكفى الخطاب العادى، ولا الدعوة الشفوية بالأولى).
٢– أن يصدر القرار بأغلبية جميع الملاك (بحسب قيمة الأنصباء) من حضر منهم ومن لم يحضر، فلا تكفى أغلبية الحاضرين.
٢– إذا لم يوجد إتفاق على إدارة الأجزاء المشتركة، أو خلا النظام من النص على بعض الأمور، تكون إدارة الأجزاء المشتركة من حق الإتحاد. وتصدر القرارات في هذا الشأن من أغلبية الملاك محسوبة على أساس قيمة الانصباء، وتكون هذه القرارات ملزمة للجميع، إنما يشترط لذلك أن يدعى جميع ذوى الشأن إلى الإجتماع بكتاب موصى عليه.
٣– لم يجعل القانون المدني المصرى وضع نظام للإتحاد أمر إجبارياً، ولكنه جعل منه نظاماً إختيارياً. وفى حالة عدم وجوده أو خلوه من بعض الأمور، تكون إدارة الأجزاء المشتركة من حق الإتحاد، وتكون قراراته في ذلك ملزمة، بشرط أن

يدعى جميع ذوى الشأن بكتاب موصى عليه إلى الإجتماع. وأن تصدر القرارات من أغلبية الملاك ومحسوبة على أساس قيمة الأنصباء.

وإلى جانب وضع ذلك النظام يتولى الإتحاد اعمال الإدارة اللازمة، ولا يقتصر الأمر على أعمال الإدارة المعتادة فقط، بل وكذلك يمتد إلى أعمال الإدارة غير المعتادة.

قد يضع ملاك الطبقات أو الشقق نظاماً يكفل حسن الإنتفاع بالعقار المشترى وحسن إدارته، وقد يختلف الأعضاء فلا يضعون هذا النظام، وقد لا يفكرون أصلاً في وضعه، وقد يضع الملاك هذا النظام ويغفلون فيه النص على بعض الأمور، وعندئذ تكون إدارة الأجزاء المشتركة وحسن إدارتها من قبل الإتحاد، وتكون قراراته في ذلك ملزمة بشرط أن يدعو جميع ذوى الشأن بكتاب موصى عليه إلى الإجتماع، وأن تصدر القرارات من أغلبية الملاك محسوبة على أساس قيمة الأنصبة. فأعمال الإدارة هنا سواء أكانت عادية أو غير عادية تدخل في إختصاص إتحاد الملاك. ولا يشترط في أعمال الإدارة غير العادية كما هو الحال في الشيوع العادى – توافر أغلبية خاصة بل يكفى أن يصدر القرار من أغلبية الملاك محسوبة على أساس قيمة الأنصباء. وحتى تنفذ قرارات الأغلبية بالنسبة للأقلية يجب دعوة جميع ذوى الشأن إلى حضور الإجتماع، وتتم هذه الدعوى بكتاب مسجل.

(الحقوق العينية الأصلية – للدكتور محمد علي عمران – المرجع السابق – ص٣٥٠)

من أحكام القضاء الحديثة:

١– إذ كان الثابت مما قدمه طرفا النزاع أمام محكمة الموضوع من مستندات أن المطعون ضده أقر في البندين الثاني والعاشر من عقد البيع المؤرخ ١٩٨٤/١٠/٢٤ بأنه باع للطاعن شقة مفرزة هي الشقة رقم ... بالدور ... من العقار المبين في صحيفة الدعوى، والتي تتعادل مع حصة شائعة في العقار مقدارها... وأن هذا البيع يخضع للقواعد المنظمة لملكية الطبقات المنصوص عليها في المواد من ٨٥٦ حتى ٨٦٩ من القانون المدني – وهى ملكية مفرزة للطبقات أو الشقق، وشائعة شيوعا إجباريا في أجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك، ورغم ذلك ظل – المطعون ضده – مصرا على نحو ما هو ثابت من طلب الشهر رقم ... لسنة ... المقدم منه تجديدا للطلب رقم .... لسنة ... ومما وجهه من إنذارات لمن اشتروا شقق العقار المشار إليه، ومن مشروع عقد البيع النهائي رقم ..... في..... على أن البيع لهؤلاء المشترين – ومن بينهم الطاعن – ينصب على حصة شائعة مقدارها ١٢س ١٤ط في كامل أرض ومباني العقار، وامتنع عن تقديم المستندات اللازمة لتسجيل ملكية تلك الشقق مفرزة، فضلا عن أنه تقاعس عن نقل تمويل العقار إلى اسمه حتى عام ١٩٩٢ أي لمدة تزيد على سبع سنوات من تاريخ البيع الحاصل في ١٩٨٤/١٠/٢٤ – وهى أعمال من شأنها منع الطاعن من استعمال حقه في تسجيل ملكيته للشقة المبيعة له مفرزة، والحيلولة دون تحقق الشرط الواقف المنصوص عليه في البند الحادي عشر من عقد البيع سالف البيان (شرط تعليق التزام المطعون ضده بنقل الملكية إلى الطاعن

على استخراج شهادة تمويل العقار المشتمل على الشقة المبيعة وتشكيل اتحاد ملاك وقيام جميع المشترين بالتسجيل) فإن ذلك يشكل خطأ في جانب المطعون ضده تترتب عليه مسئوليته العقدية مما يوجب اعتبار ذلك الشرط متحققا حكما. وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر، وأقام قضاءه بعدم قبول دعوى الطاعن (دعواه بطلب الحكم بصحة ونفاذ عقد البيع آنف البيان) على مجرد القول بأنه "لم يستوف ما اتفق عليه في العقد من استخراج شهادة التمويل باسم البائع، وتشكيل اتحاد ملاك بين مشتري وحدات العقار" فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه.

(الطعن رقم ٥٤١٤ ـ لسنة ٦٣ ق ـ تاريخ الجلسة ١٣ / ٠٢ / ٢٠٠١)

* * *

opeikan.com

مادة (٨٦٥)

للإتحاد بأغلبية الأصوات المنصوص عليها في المادة السابقة، أن يفرض أى تأمين مشترك من الأخطار التى تهدد العقار أو الشركاء في جملتهم، وله أن يأذن في إجراء أية أعمال أو تركيبات مما يترتب عليها زيادة في قيمة العقار كله أو بعضه، وذلك على نفقة من يطلبه من الملاك وبما يضعه الإتحاد من شروط وما يفرضه من تعويضات والتزامات أخرى لمصلحة الشركاء.

النصوص العربية المقابلة

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٨٦٩ ليبى و ٨٢٠ سوري.

الأعمال التحضيرية:

يراجع – لاحقاً – التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد على نص المادة ٨٦٩ مدني.

رأي الفقه:

١ – بالبناء على نص المادة ٨٦٥ مدني أن يفرض تأميناً على البناء من الحريق مثلاً، وله في سبيل ذلك أن يفرض على الأعضاء تحمل أقساط التأمين الواجبة، ويكون كل عضو مستفيداً من التعويض الذى يدفع إذا ما حدث الخطر المؤمن منه بنسبة حصته. وللإتحاد أيضاً أن يأذن في إجراء اية أعمال أو تركيبات مما يترتب عليها زيادة قيمة العقار كله أو بعضه، فلا يصح للإتحاد أن يأذن في إجرائها. والأغلبية المشترطة لإعطاء هذا الإذن هي الأغلبية العادية محسوبة على أساس الأنصباء. فإذا لم تتوافر الأغلبية المطلوبة، وطلب أحد الملاك أو بعضهم القيام بها. فللإتحاد بنفس الإغلبية أن يأذن له أو لهم في القيام بهذه الأعمال. على أن يتحمل نفقاتها من يطلب بها. وللإتحاد أن يضع الشروط اللازمة للتثبيت من سلامة العمل، ون زيادته في قيمة البناء. وقد يفرض على المالك الذى يريد أن ينفرد بالعمل تعويضات لمصلحة الشركاء الآخرين، إذا ترتب على هذا العمل حرمانهم – مثلا – من الإنتفاع بالأجزاء المملوكة ملكية مشتركة بعض الوقت.

(الحقوق العينية الأصلية – للدكتور محمد علي عمران – المرجع السابق – ص٣٥١، والوسيط – ٨ – للدكتور السنهوري – المرجع السابق – ص١٠٣٣ وما بعدها)

من أحكام القضاء الحديثة:

١– إذ كان الثابت مما قدمه طرفا النزاع أمام محكمة الموضوع من مستندات أن المطعون ضده أقر في البندين الثاني والعاشر من عقد البيع المؤرخ١٩٨٤/١٠/٢٤ بأنه باع للطاعن شقة مفرزة هي الشقة رقم ... بالدور ... من العقار المبين في صحيفة الدعوى، والتي تتعادل مع حصة شائعة في العقار مقدارها... وأن هذا البيع

يخضع للقواعد المنظمة لملكية الطبقات المنصوص عليها في المواد من ٨٥٦ حتى ٨٦٩ من القانون المدني – وهى ملكية مفرزة للطبقات أو الشقق، وشائعة شيوعا إجباريا في أجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك، ورغم ذلك ظل – المطعون ضده – مصرا على نحو ما هو ثابت من طلب الشهر رقم... لسنة... المقدم منه تجديدا للطلب رقم.... لسنة ... ومما وجهه من إنذارات لمن اشتروا شقق العقار المشار إليه، ومن مشروع عقد البيع النهائي رقم.....في..... على أن البيع لهؤلاء المشترين – ومن بينهم الطاعن – ينصب على حصة شائعة مقدارها ١٢س ١٤ط في كامل أرض ومباني العقار، وامتنع عن تقديم المستندات اللازمة لتسجيل ملكية تلك الشقق مفرزة، فضلا عن أنه تقاعس عن نقل تمويل العقار إلى اسمه حتى عام ١٩٩٢ أي لمدة تزيد على سبع سنوات من تاريخ البيع الحاصل في ١٩٨٤/١٠/٢٤ – وهى أعمال من شأنها منع الطاعن من استعمال حقه في تسجيل ملكيته للشقة المبيعة له مفرزة، والحيلولة دون تحقق الشرط الواقف المنصوص عليه في البند الحادي عشر من عقد البيع سالف البيان (شرط تعليق التزام المطعون ضده بنقل الملكية إلى الطاعن على استخراج شهادة تمويل العقار المشتمل على الشقة المبيعة وتشكيل اتحاد ملاك وقيام جميع المشترين بالتسجيل) فإن ذلك يشكل خطأ في جانب المطعون ضده تترتب عليه مسئوليته العقدية مما يوجب اعتبار ذلك الشرط متحققا حكما. وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر، وأقام قضاءه بعدم قبول دعوى الطاعن (دعواه بطلب الحكم بصحة ونفاذ عقد البيع آنف البيان) على مجرد القول بأنه "لم يستوف ما اتفق عليه في العقد من استخراج شهادة التمويل باسم البائع، وتشكيل اتحاد ملاك بين مشتري وحدات العقار" فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه.

(الطعن رقم ٥٤١٤ ـ لسنة ٦٣ ق ـ تاريخ الجلسة ١٣ / ٠٢ / ٢٠٠١)

* * *

مادة (٨٦٦)

١ – يكون للإتحاد مأمور يتولى تنفيذ قراراته، ويعين بالأغلبية المشار إليها في المادة ٨٦٤، فإن لم تتحقق الأغلبية عين بأمر يصدر من رئيس المحكمة الإبتدائية الكائن في دائرتها العقار بناء على طلب أحد الشركاء بعد إعلان الملاك الآخرين لسماع أقوالهم. وعلى المأمور إذا إقتضى الحال أن يقوم من تلقاء نفسه بما يلزم لحفظ جميع الأجزاء المشتركة وحراستها وصيانتها، وله أن يطالب كل ذى شأن بتنفيذ هذه الإلتزامات. كل هذا ما لم يوجد نص في نظام الإتحاد يخالفه.

٢ – ويمثل المأمور الإتحاد أمام القضاء حتى في مخاصمة الملاك إذا إقتضى الأمر.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٨٧٠ ليبى و ٨٢١ سوري.

الأعمال التحضيرية:

يراجع – لاحقاً – التعليق الوارد على نص المادة ٨٦٩ مدني.

رأي الفقه:

١ – يكون للإتحاد مدير يتولى تنفيذ قراراته، فالمدير هو أداة الإتحاد التنفيذية. ويعين المدير بقرار تصدره أغلبية الملاك محسوبة على أساس قيمة الأنصباء، ويجوز أن يكون المدير من غير الشركاء، وإن لم تتحقق هذه الأغلبية عين المدير بأمر يصدر من السلطة القضائية المختصة بناء على طلب أحد الشركاء بعد إعلان الملاك الآخرين لسماع أقوالهم، وعلى المدير إذا إقتضى الحال أن يقوم من تلقاء نفسه بما يلزم لحفظ جميع الأجزاء المشتركة وحراستها وصيانتها وله أن يطالب كل ذى شأن بتنفيذ هذه الإلتزامات. بيد أن الحكم المنصوص عليه في المادة ٨٦٦ مدني ليس من النظام العام، فيجوز أن يضمن الملاك نظام الإتحاد غير ما هو منصوص عليه فيها.

ويمثل المدير الإتحاد أمام القضاء، فترفع الدعاوى بإسمه بإعتباره ممثلاً للإتحاد، وعليه أيضاً ترفع الدعاوى، وهو يمثل الإتحاد أمام القضاء أيضاً حتى في مخاصمة الملاك إذا إقتضى الأمر.

(الحقوق العينية الأصلية – للدكتور محمد علي عمران – المرجع السابق – ص٢٥٣، ويراجع: حق الملكية – للدكتور منصور مصطفى منصور – المرجع السابق – ص٢٦٣)

من أحكام القضاء الحديثة:

١– إذا كان الغرض من تكون الاتحاد بناء العقارات أو مشتراها وتوزيع ملكية أجزائها على أعضائها فإن مأمور الاتحاد هو الذى يمثل الاتحاد فى تنفيذ قراراته فى هذا الشأن فى مرحلة البناء بما يستلزمه ذلك من احتساب تكاليفه وتوزيعها على

وحداته كل حسبما تميزت به من صفات وإلى أن يتم توزيع هذه الوحدات على الأعضاء يكون لكل عضو فى الاتحاد ملكية مفرزة للوحدة التى اختص بها وملكية شائعة مع باقى الشركاء فى الأجزاء الشائعة كالمناور والسلالم والمصاعد والأسطح والأفنية وتنحصر عندئذ سلطات مأمور الاتحاد فى إدارة الأجزاء الشائعة من العقار".

(الطعن رقم ٣٠٠٨ لسنة ٦٢ ق ـ جلسة ١٩٩٩/١/١٧)

٢- مأمور إتحاد ملاك طبقات البناء الواحد. إقتصار سلطته على تنفيذ قرارات الإتحاد والقيام بما يلزم لحفظ الأجزاء المشتركة وحراستها وصيانتها والمطالبة بتنفيذ هذه الإلتزامات. أعمال التصرف. خروجها عن هذا النطاق. حق التقاضى بشأنها لمن باشروها م٨٦٦ مدني.

إن مؤدى المادة ٨٦٦ من القانون المدني أن سلطة مأمور إتحاد ملاك طبقات البناء الوأحد تقتصر على تنفيذ قرارات الإتحاد، والقيام بما يلزم لحفظ الأجزاء المشتركة وحراستها وصيانتها ومطالبة كل ذى شأن – بما فيهم الملاك أنفسهم بتنفيذ هذه الإلتزامات أما ما يجاوز ذلك من أعمال التصرف المتعلقة بطبقات العقار فيظل لمن باشروا هذه التصرفات حق التقاضى بشأنها.

(الطعن ٣٢٤ لسنة ٧١ق – جلسة ٢٠٠٢/٢/٢٦ لم ينشر بعد)

(الطعن رقم ٦٩ لسنة ٧٥ق – جلسة ٢٠٠٦/٣/٢١)

* * *

obeikan.com

بسم الله الرحمن الرحيم
باسم الشعب
محكمة النقض
الدائرة المدنية

برئاسة السيد المستشار / عبد العال السمان **نائب رئيس المحكمة**
وعضوية السادة المستشارين / د. سعيد فهمي خليل
/ محمد جمال الدين سليمانو/ السيد عبد الحكيم و/ ممدوح القزاز
نواب رئيس المحكمة
وبحضور رئيس النيابة السيد / مجدى الشريف.
وأمين السر السيد / أحمد مصطفى النقيب.
في الجلسة العلنية المنعقدة بمقر المحكمة بمدينة القاهرة.
في يوم الثلاثاء ٢١ من صفر سنة ١٤٢٧ هـ- الموافق ٢١ من مارس سنة ٢٠٠٦.

أصدرت الحكم الأتى

في الطعن المقيد في جدول المحكمة برقم ٩٠٣١ لسنة ٧٥ق.

المرفوع من

١ – السيد /رمضان علي محمد عباس.
المقيم ٢٦٧ شارع مصطفى كامل غبريال قسم الرمل الإسكندرية.
٢ – السيد / أميل رمزى بشاى
المقيم بملكه بالعقار الكائن بتقاطع شارعي سيف ومصطفى كامل بنهاية شارع سيف الراسى السوداء – سيدى بشر قبلى المنتزه – الإسكندرية.
لم يحضر أحد عن الطاعنين.

ضد

السيد / محمد موسى أمبابى (صاحب مسرح كوكب الشرق)
المقيم بملك إبراهيم جويدة – أرضى المحمرة – بجوار مسجد السلام سيدى بشر بحرى قسم المنتزه – الإسكندرية.
لم يحضر أحد عن المطعون ضده.
في يوم ٢٠٠٥/١/٣ طعن بطريق النقض في حكم محكمة إستئناف إسكندرية الصادر بتارخ٢٠٠٤/١١/١٠ في الإستئنافين رقمي ٢٨٨٩، ٥٥٩٢ لسنة ٦٠ق – وذلك بصحيفة طلب فيها الطاعنان الحكم بقبول الطعن شكلاً وفي الموضوع بنقض

الحكم المطعون فيه وإحالة القضية إلى محكمة إستئناف إسكندرية وذلك للفصل فيها من جديد مع إلزام المطعون ضده المصاريف والأتعاب.

وفى اليوم نفسه أودع الطاعنان مذكرة شارحة.

وفى ٢٠٠٥/١/١١ أعلن المطعون ضده بصحيفة الطعن.

ثم أودع النيابة مذكرتها وطلبت فيها قبول الطعن شكلاً وفي الموضوع بنقض الحكم المطعون فيه. وبجلسة ٢٠٠٥/١٢/٦ عرض الطعن على المحكمة في غرفة مشورة فرأت أنه جدير بالنظر فحددت لنظره جلسة ٢٠٠٦/١/٣ وبها سمعت الدعوى أمام هذه الدائرة على ما هو مبين بمحضر الجلسة حيث صممت النيابة على ما جاء بمذكرتها والمحكمة أرجأت إصدار الحك إلى جلسة اليوم.

المحكمة

بعد الإطلاع على الأوراق وسماع التقرير الذى تلاه السيد المستشار/المقرر/السيد عبد الحكم السيد – نائب رئيس المحكمة – والمرافعة وبعد المداولة.

حيث إن الطعن إستوفى أوضاعه الشكلية.

وحيث إن الوقائع – على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق – تتحصل في أن المطعون ضده أقام على الطاعنين الدعوى ٤٨٢٩ سنة ٢٠٠٠ مدني محكمة الإسكندرية الإبتدائية بطلب الحك بإلزام الطاعن الأول في مواجهة الثاني بتسليمه عين النزاع المبينة بصحيفة الدعوى وعقد البيع المؤرخ ١٩٩٩/٩/١٣ مع إلزامه بأن يؤدى له مبلغ ٣٠٠٠٠ جنيه قيمة الشرط الجزائي بهذا العقد على سند من أنه إشترى العين من الطاعن الأول الذى لم يسلمها إليه فأقام الدعوى، ندبت المحكمة خبيراً وبعد أن قدم تقريره الأصلى والتكملي حكمت بإلزام الطاعن الأول في مواجهة الطاعن الثاني بتسليم العين وأن يؤدى للمطعون ضده مبلغ ٨٤٠٠ جنيه كتعويض إتفاقي بحكم إستأنفه الأول بالإستئناف ٢٨٨٩ سنة ٦٠ق إسكندرية وإستأنفه الثاني لدى ذات المحكمة بالإستئناف ٥٥٩٢ سنة ٦٠ق، قضت المحكمة برفضهما وتأييد الحكم المستأنف. طعن الطاعنان في هذا الحكم بطريق النقض، أودعت النيابة مذكرة أبدت فيها الرأي بنقضه، عرض الطعن على المحكمة في غرفة مشورة فحددت جلسة لنظره وفيها إلتزمت النيابة رأيها. وحيث إن مما ينعاه الطاعنان على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون وتأويله وفي بيان ذلك يقولان أن الطاعن الأول تمسك لدى محكمة الموضوع بعدم قبول الدعوى قبله لرفعها عليه بشخصه دون صفته كمأمور إتحاد الملاك التى تعاقد بها مع المطعون ضده غير أن الحكم المطعون فيه رد على ذلك بأنه تناضل في موضوع الدعوى أمام محكمة أول درجة بصفته الشخصية وأنه أبدى دفاعه أمامها بصفته بائعاً وليس بصفته مأموراً لإتحاد الملاك وهو ما لا يواجه الدفع بعدم قبول الدعوى بما يعيب الحكم ويستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعى سديد ذلك أن النص في المادة ٥٢ من القانون المدني على أن الأشخاص الإعتبارية هي ١ – الدولة وكذلك المديريات والمدن والقرى بالشروط

التى يحددها القانون والإدارت والمصالح وغيرها من المنشآت العامة التى يمنحها القانون شخصية إعتبارية...." وفي المادة ٥٣ منه على أن " (١ – الشخص الإعتباري يتمتع بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازماً لصفة الإنسان الطبيعية وذلك في الحدود التى قررها القانون ٢ – فيكون له (أ) ذمة مالية مستقلة. (ب) أهلية في الحدود التى بعينها سند إنشائه أو التى يقررها القانون. (ج) حق التقاضى. (د)..... ٣ – ويكون له نائب يعبر عن إرادته) يدل على أنه متى إكتسبت إحدى الجهات أو المنشآت الشخصية الإعتبارية فإن القانون يخولها كافة مميزات الشخصية القانونية من ذمة مالية مستقلة وإرادة يعبر عنها نائبها وأهلية لإكتساب الحقوق والإلتزام بالواجبات فضلاً عن أهليتها للتقاضى وذلك وفقاً للقواعد وفي الحدود المقررة بسند إنشائها ويتعين بالتالى مخاطبة الشخص الإعتباري في مواجهة النائب القانوني الذى يحدده سند إنشائه بحيث لا يحاج بأية إجراءات أو تصرفات قانونية توجه إلى غيره، وإذ كان مفاد نص المادتين ١/٨٦٢، ٢/٨٦٦ من ذات القانون أن إتحاد الملاك هو جمعية من جميع ملاك الطبقات والشقق في البناء الواحد، يتم تكوينها بغرض إدارة الأجزاء الشائعة في البناء لمصلحة جميع الأعضاء، وهو يتمتع شأنه في ذلك شأن أية جميعة بالشخصية المعنوية ومن ثم فهو يقاضى ويقاضى ويمثله مأموره أمام القضاء حتى في مخاصمة الملاك الشركاء إذا إقتضى الأمر، لما كان ذلك وكان الثابت بعقد البيع سند المطعون ضده في دعواه أن الطاعن الأول وبصفته مأمور إتحاد ملاك البدر قد باع المحل التجاري موضوع النزاع للمطعون ضده ومن ثم فإن مقاضاته بشأن ذلك المحل لا يكون إلا بالصفة التى باع بها وهي مأمور الإتحاد وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وأجاز إختصامه في الدعوى بشخصه فإنه يكون قد خالف القانون بما يوجب نقضه بالنسبة للطاعن الأول. وحيث إن المحكمة وقد إنتهت إلى نقض الحكم المطعون فيه بالنسبة للطاعن الأول وكان الحكم المطعون فيه الصادر بإلزام الطاعن الأول في مواجهة الطاعن الثاني بتسليم العين موضوع النزاع نفاذاً لعقد البيع ضد المطعون ضده بتاريخ ١٩٩٩/٩/١٣ فإن نقض الحكم بالنسبة للطاعن الأول يستتبع حتماً نقضه بالنسبة للطاعن الثاني، ومن ثم فإن المحكمة تقضى بنقضه بالنسبة له دون حاجة لبحث أسباب الطعن الخاصة به بصحفية الطعن.

لذلك

نقضت المحكمة الحكم المطعون فيه وألزمت المطعون ضده المصروفات ومائتى جنيه مقابل أتعاب المحاماة، وحكمت في موضوع الإستئنافين بإلغاء الحكم المستأنف وبعدم قبول الدعوى وألزمت المستأنف ضده المصروفات عن الدرجتين ومائة جنيه مقابل أتعاب المحاماة.

أمين السر **نائب رئيس المحكمة**

٢- النص في المادة ٢٠ من قرار وزير الإسكان رقم ١٠٩ لسنة ١٩٧٩ بإصدار النظام النموذجي لإتحاد الملاك - على أن "تختص الجمعية العمومية.... ٢- تعين مأمور الإتحاد وعزله" والنص في المادة ٢١ من ذات القرار على أن (يعين المأمور بقرار من الجمعية العمومية) وفى المادة ١٤ منه على أن "تتكون الجمعية العمومية للاتحاد من جميع أعضائه ويحضر مأمور الإتحاد جلسات الجمعية العمومية ولو كان من غير أعضاء الإتحاد، وفى هذه الحالة يكون له حق المناقشة والإقتراح دون التصويت" يدل على أن تعيين مأمور الإتحاد وعزله يتم بقرار من الجمعية العمومية للإتحاد، والأصل أن يكون المأمور من أعضاء الجمعية العمومية إن كان مالكاً لإحدى وحدات العقار غير أنه يجوز للجمعية أن تعين مأمور الإتحاد من غير أعضائها.

(الطعن رقم ٥١٨٧ ـ لسنة ٧٤ ق ـ تاريخ الجلسة ٠٢ / ٠٨ / ٢٠٠٥)

* * *

obeikan.com

مادة (٨٦٧)

١ـ أجر المأمور يحدد القرار أو الأمر الصادر بتعيينه.

٢ ـ ويجوز عزله بقرار تتوافر فيه الأغلبية المشار إليها في المادة ٨٦٤ أو بأمر يصدر من رئيس المحكمة الإبتدائية الكائن في دائرتها العقار بعد إعلان الشركاء لسماع أقوالهم في هذا العزل.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٨٧١ ليبى و٨٢٢ سوري.

الأعمال التحضيرية:

يراجع – لاحقا – التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد على نص المادة ٨٦٩ مدنى.

رأي الفقه:

١ – يتولى إتحاد الملاك تحديد أجر المدير، إذا كان هذا الأخير قد عين بقرار من الإتحاد، ويتحدد أجره بمعرفة القضاء إذا كان هذا الذى تولى تعيينه.

وكما يجوز لأغلبية الملاك تعيين المدير، فإنه يجوز لها عزله، وإذا عينه القضاء فله أيضاً عزله. والذى يتولى التعيين أو العزل – عندئذ – هو رئيس المحكمة الإبتدائية الكائن في دائرتها العقار، بعد إعلان الشركاء لسماع أقوالهم فى هذا العزل.

(الحقوق العينية الأصلية – للدكتور محمد علي عمران – المرجع السابق – ص٢٥٣)

من أحكام القضاء الحديثة:

١– إذ كان الثابت مما قدمه طرفا النزاع أمام محكمة الموضوع من مستندات أن المطعون ضده أقر في البندين الثاني والعاشر من عقد البيع المؤرخ ١٩٨٤/١٠/٢٤ بأنه باع للطاعن شقة مفرزة هي الشقة رقم ... بالدور ... من العقار المبين في صحيفة الدعوى، والتي تتعادل مع حصة شائعة في العقار مقدارها... وأن هذا البيع يخضع للقواعد المنظمة لملكية الطبقات المنصوص عليها في المواد من ٨٥٦ حتى ٨٦٩ من القانون المدني – وهى ملكية مفرزة للطبقات أو الشقق، وشائعة شيوعا إجباريا في أجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك، ورغم ذلك ظل – المطعون ضده – مصرا على نحو ما هو ثابت من طلب الشهر رقم... لسنة... المقدم منه تجديدا للطلب رقم.... لسنة ... ومما وجهه من إنذارات لمن اشتروا شقق العقار المشار إليه، ومن مشروع عقد البيع النهائي رقم.....في..... على أن البيع لهؤلاء المشترين – ومن بينهم الطاعن – ينصب على حصة شائعة مقدارها ١٢س ١٤ط في كامل أرض ومباني العقار، وامتنع عن تقديم المستندات اللازمة لتسجيل ملكية تلك الشقق مفرزة، فضلا عن أنه تقاعس عن نقل تمويل العقار إلى اسمه حتى عام ١٩٩٢

أي لمدة تزيد على سبع سنوات من تاريخ البيع الحاصل في ١٩٨٤/١٠/٢٤ – وهى أعمال من شأنها منع الطاعن من استعمال حقه في تسجيل ملكيته للشقة المبيعة له مفرزة، والحيلولة دون تحقق الشرط الواقف المنصوص عليه في البند الحادي عشر من عقد البيع سالف البيان (شرط تعليق التزام المطعون ضده بنقل الملكية إلى الطاعن على استخراج شهادة تمويل العقار المشتمل على الشقة المبيعة وتشكيل اتحاد ملاك وقيام جميع المشترين بالتسجيل) فإن ذلك يشكل خطأ في جانب المطعون ضده تترتب عليه مسئوليته العقدية مما يوجب اعتبار ذلك الشرط متحققا حكما. وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر، وأقام قضاءه بعدم قبول دعوى الطاعن (دعواه بطلب الحكم بصحة ونفاذ عقد البيع آنف البيان) على مجرد القول بأنه "لم يستوف ما اتفق عليه في العقد من استخراج شهادة التمويل باسم البائع، وتشكيل اتحاد ملاك بين مشتري وحدات العقار" فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه.

(الطعن رقم ٥٤١٤ لسنة ٦٣ ق - تاريخ الجلسة ١٣ / ٠٢ / ٢٠٠١)

* * *

obeikan.com

مادة (٨٦٨)

١ـ إذا هلك البناء بحريق أو بسبب أخر، فعلى الشركاء أن يلتزموا من حيث تجديده ما يقرره الإتحاد بالأغلبية المنصوص عليها في المادة ٨٦٤ ما لم يوجد إتفاق يخالف ذلك.

٢ـ فإذا قرر الإتحاد تجديد البناء خصص ماقد يستحق من تعويض بسبب هلاك العقار لأعمال التجديد، دون إخلال بحقوق أصحاب الديون المقيدة.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٨٧٣ ليبى و٨٢٣ سوري و٥ لبنانى.

الأعمال التحضيرية:

يراجع – لاحقاً – التعليق بالأعمال التحضيرية الواردة على نص المادة ٨٦٩ مدني.

رأي الفقه:

١ – إذا لم يوجد إتفاق على عدم تجديد البناء، يجوز للإتحاد بالأغلبية العادية أن يقرر تجديد البناء عند هلاكه هلاكاً كلياً أو جزئياً. وليس هناك ما يمنع من أن يقرر الإتحاد تجديد البناء على وجه مختلف عما كان عليه، ويلتزم الملاك بالإشتراك في نفقات التجديد. وإذا كان هناك تعويض يستحقه الملاك بسبب الهلاك كمبلغ التأمين أو التعويض الذى يدفعه من تسبب بخطئه في الهلاك أو التعويض الذى تقدمه الدولة على سبيل المساعدة في حالة الكوارث العامة كالحرب أو الزلزال، فيخصص التعويض لأعمال التجديد. ولما كان التعويض يستحق للملاك كل بحسب نصيبه، فمقتضى تخصيصه لأعمال التجديد أن يكون نصيب كل منهم في التعويض محملاً بحق إمتياز لضمان الوفاء بنصيبه في نفقات التجديد، ويكن الإمتياز تالياً فى المرتبة للحقوق العينة التبعية التى قيدت قبل الهلاك وهي التى تنتقل إلى التعويض وفقاً لنصوص المواد ١٠٤٩، ١٠٩٥، ١١٠٢، ١١٣٦ مدني[١].

من أحكام القضاء الحديثة:

١– إذ كان الثابت مما قدمه طرفا النزاع أمام محكمة الموضوع من مستندات أن المطعون ضده أقر في البندين الثاني والعاشر من عقد البيع المؤرخ ١٩٨٤/١٠/٢٤ بأنه باع للطاعن شقة مفرزة هي الشقة رقم ... بالدور ... من العقار المبين في صحيفة الدعوى، والتي تتعادل مع حصة شائعة في العقار مقدارها... وأن هذا البيع يخضع للقواعد المنظمة لملكية الطبقات المنصوص عليها في المواد من ٨٥٦ حتى ٨٦٩ من القانون المدني – وهى ملكية مفرزة للطبقات أو الشقق، وشائعة شيوعا إجباريا في أجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك، ورغم ذلك ظل – المطعون ضده

(١) حق المكية – للدكتور منصور مصطفى منصور – المرجع السابق – ص٢٦٢.

– مصرا على نحو ما هو ثابت من طلب الشهر رقم... لسنة... المقدم منه تجديدا للطلب رقم.... لسنة ... ومما وجهه من إنذارات لمن اشتروا شقق العقار المشار إليه، ومن مشروع عقد البيع النهائي رقم..... في..... على أن البيع لهؤلاء المشترين – ومن بينهم الطاعن – ينصب على حصة شائعة مقدارها ١٢س ١٤ط في كامل أرض ومباني العقار، وامتنع عن تقديم المستندات اللازمة لتسجيل ملكية تلك الشقق مفرزة، فضلا عن أنه تقاعس عن نقل تمويل العقار إلى اسمه حتى عام ١٩٩٢ أي لمدة تزيد على سبع سنوات من تاريخ البيع الحاصل في ١٩٨٤/١٠/٢٤ – وهى أعمال من شأنها منع الطاعن من استعمال حقه في تسجيل ملكيته للشقة المبيعة له مفرزة، والحيلولة دون تحقق الشرط الواقف المنصوص عليه في البند الحادي عشر من عقد البيع سالف البيان (شرط تعليق التزام المطعون ضده بنقل الملكية إلى الطاعن على استخراج شهادة تمويل العقار المشتمل على الشقة المبيعة وتشكيل اتحاد ملاك وقيام جميع المشترين بالتسجيل) فإن ذلك يشكل خطأ في جانب المطعون ضده تترتب عليه مسئوليته العقدية مما يوجب اعتبار ذلك الشرط متحققا حكما. وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر، وأقام قضاءه بعدم قبول دعوى الطاعن (دعواه بطلب الحكم بصحة ونفاذ عقد البيع آنف البيان) على مجرد القول بأنه "لم يستوف ما اتفق عليه في العقد من استخراج شهادة التمويل باسم البائع، وتشكيل اتحاد ملاك بين مشتري وحدات العقار" فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه.

(الطعن رقم ٥٤١٤ ـ لسنة ٦٣ ق ـ تاريخ الجلسة ١٣ / ٠٢ / ٢٠٠١)

* * *

مادة (٨٦٩)

١ – كل قرض يمنحه الإتحاد أحد الشركاء لتمكينه من القيام بإلتزاماته يكون مضموناً بإمتياز على الجزء المفرز الذى يملكه وعلى حصته الشائعة في الأجزاء المشتركة من العقار.

٢ – وتحسب مرتبة هذا الإمتياز من يوم قيده.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٨٧٣ ليبى، ٨٢٤ سوري، ١٦ لبنانى.

الأعمال التحضيرية:

١– أجاز المشرع لملاك الطبقات أن يكونوا نقابة فيما بينهم سواء كان ذلك بعد ملكيتهم للطبقات أو قبل أن يملكوها، كأن يكونوا نقابة لبناء عقار أو لشرائه بقصد أن يتملكوه طبقات.

٢– والغرض من النقابة هو إدارة الأجزاء المشتركة على خير وجه. فإما أن يضع الشركاء لهذه الإدارة لائحة يوافقون عليها جميعاً وتسرى على خلفائهم من بعدهم بما في ذلك الخلف الخاص بشرط التسجيل. وإما ألا يضعوا لائحة ما فتكون الإدارة من حق النقابة وتؤخذ القرارات بالأغلبية (على أساس قيمة الأنصباء) بعد دعوى الأعضاء إلى الإجتماع دعوى صحيحة، والأمر كذلك فيما لم تنص عليه اللائحة.

٣– وللنقابة بهذه الأغلبية أن تقرر إلى جانب أعمال الإدارة المعتادة أعمال إدارة غير معتادة، كأن تفرض تأميناً مشتركاً ضد الأخطار التى تهدد العقار أو الشركاء، ويكون التأمين على جميع البناء لا على الأجزاء المشتركة وحدها، وكأن تأذن في إجراء أعمال تترتب عليها زيادة في قيمة العقار على نفقة من يطلب ذلك من الملاك، وتضع النقابة الشروط اللازمة لإجراء هذه الأعمال والتعويضات المترتبة عليها.

٤– ولما كانت النقابة في حاجة إلى سنديك يتولى تنفيذ قراراتها فهى التى تعينه بالأغلبية المتقدمة، فإن لم تتحقق الأغلبية عين السنديك بأمر من القاضى الجزئى بناء على طلب أحد الشركاء بعد سماع الباقين أو إعلانهم إعلاناً صحيحاً ويجوز عزل السنديك بالأغلبية أو بأمر القاضى وهو الذى يمثل النقابة أمام القضاء حتى بالنسبة للملاك أنفسهم. وأهم واجبات السنديك هو أن يقوم بحفظ الأجزاء المشتركة وحراستها وصيانتها وأن ينفذ قرارات النيابة، وأن يطالب كل ذى شأن بتنفيذ إلتزاماته.

٥– وإذا هلك البناء بحريق أو بغارة جوية أو بأى سبب آخر، نظرت النقابة في أمر تجديده. فإذا قررت التجديد بالأغلبية المتقدمة ،خصص لهذا العمل ما عسى أن يكون مستحقاً من تعويض بسبب هلاك البناء، مع عدم الإخلال بالحقوق العينية التى قد تكون إنتقلت إلى مبلغ التعويض كما هو الحال في الرهن الرسمي.

٦– وللنقابة أن تمنح قرضاً لأحد الشركاء لتمكينه من القيام بإلتزاماته، وهذا القرض يكون مضموناً بإمتياز على الجزء المفرز الذى يملكه وعلى نصيبه الشائع في

الأجزاء المشتركة، ويجب قيده ليأخذ مرتبته من وقت القيد أما إذا أعطى القرض لغرض آخر فلا يكون ممتاز.

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني – الجزء ٦ – ص١٨٣ و١٨٤)

رأي الفقه:

١– يتضح من كل ما سبق أن المالك يلتزم بدفع ما يخصه في نفقات إدارة الأجزاء المشتركة، كما يلتزم بدفع ما يخصه من نفقات في تجديد البناء، عندما يقرر الإتحاد التجديد. وقد لا يتيسر له الوفاء بإلتزاماته هذه، فيمنحه الإتحاد قرضاً لتمكنه من الوفاء (م٨٦٩ مدن).

ويبدو من صياغة نص المادة ٨٦٩ مدنى، ومقارنته بالنصوص الأخرى، أن الأغلبية لا تكفى لتقرير منح أحد الأعضاء قرضاً بحيث يلزم هذا القرار جميع الأعضاء، إذ أن المشرع لم ينص على خلاف النصوص الأخرى، على أن قرار الإتحاد بمنح القرض يكون بالأغلبية. وعلى ذلك يلزم حتى يلتزم أحد الأعضاء بالمساهمة في القرض الذى يمنحه الإتحاد لغيره أن يكون قد وافق على هذا القرار.

(حق الملكية – للدكتور منصور مصطفى منصور – المرجع السابق – ص٢٦٢)

٢– لقد أراد المشرع بالحكم الوارد بنص المادة ٨٦٩ مدني أن يشجع الإتحاد على أن يفرض الأعضاء من ماله الخاص لتمكينهم من القيام بإلتزاماتهم الناشئة لبعض الأجزاء المشتركة، فقرر الإتحاد إمتيازاً – في سبيل إستيفاء ماله من قروض – على حصة الشريك المقترض المفرزة والشائعة معاً. وبما أن هذا الإمتياز لا يرد إلا على عقار، فلا تحسب مرتبة إلا من تاريخ قيده.

(الحقوق العينية الأصلية – للدكتور محمد علي عمران – المرجع السابق – ص٣٥٢)

٣– أراد القانون تشجيع الإتحاد على أقراض العضو مالاً لهذا الغرض حتى يتيسر العضو القيام بإلتزاماته، تكفل للإتحاد أن يسترد هذا القرض من العضو بأن جعل القرض مضموناً بحق إمتيازاً على الطبقة أو الشقة التى يملكها العضو المقترض وعلى ما يتبع هذة الطبقة أو الشقة من حصة شائعة للعضو في الأجزاء المشتركة للبناء. ولما كان حق الإمتياز هذا هو حق إمتياز خاص على عقار، فأنه يجب قيده وتحسب مرتبته من يوم هذا القيد.

أما إذا كان القرض ليس الغرض منه تمكين العضو من القيام بإلتزاماته، فإن القانون لا يجعله مضموناً بحق إمتياز، وذلك حتى يتردد الإتحاد طويلاً قبل أن يقوم على أقراض العضو مالا لسبب لا يمت إلى قيام بإلتزاماته.

ونص المادة ٨٦٩ مدني مستقى من نص المادة ١١ مدني فرنسى، بتوسع ينتقده بعض الفقهاء في مصر.

(الوسيط – ٨ – للدكتور السنهوري – المرجع السابق – ص١٠٣٥ و١٠٣٦)

من أحكام القضاء الحديثة:

١- إقرار المطعون ضده في عقد البيع بأنه باع للطاعن شقة مفرزة بعقار تتعادل مع حصة شائعة فيه وبخضوع البيع لقواعد ملكية الطبقات المنصوص عليها في المواد من ٨٥٦ حتى ٨٦٩ مدنى. إصراره على أن البيع لمشترى شقق العقار ومنهم الطاعن ينصب على حصة شائعة وإمتناعه عن تقديم المستندات اللازمة لتسجيل ملكية تلك الشقق مفرزة وتقاعسه عن نقل تمويل العقار إلى إسمه. خطأ يرتب مسئوليته العقدية ويوجب إعتبار الشرط الواقف في العقد – المتمثل في تعليق إلتزامه بنقل الملكية للطاعن على إستخراج شهادة تمويل وعلى تشكيل إتحاد ملاك وقيام جميع المشترين بالتسجيل – متحققاً حكماً. علة ذلك. مخالفة الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضاؤه بعدم قبول دعوى الطاعن بصحة ونفاذ عقده على مجرد القول بأنه لم يستوف ما أنفق عليه في العقد من إستخراج شهادة التمويل بإسم البائع وتشكيل إتحاد ملاك. مخالفة للقانون وخطأ في تطبيقه.

لما كان الثابت مما قدمه طرفا النزاع أمام محكمة الموضوع من مستندات أن المطعون ضده أقر في البندين الثاني والعاشر من عقد البيع المؤرخ ١٩٨٤/١٠/٢٤ بأنه باع للطاعن شقة مفرزة هي الشقة رقم..... بالدور.... من العقار المبين في صحيفة الدعوى، والتى تتعادل مع حصة شائعة في العقار مقدارها....، وبأن هذا البيع يخضع للقواعد المنظمة لملكية الطبقات المنصوص عليها في المواد من ٨٥٦ حتى ٨٦٩ من القانون المدني – وهي ملكية مفرزة للطبقات أو الشقق، وشائعة شيوعاً إجبارياً في أجزاء البناء المعدة للإستعمال المشترك، ورغم ذلك ظل – المطعون ضده – مصراً – على نحو ما هو ثابت من طلب الشهر رقم..... لسنة..... المقدم منه تجديداً للطلب رقم..... لسنة..... ومما وجهه من إنذارات لمن إشتروا شقق العقار المشار إليه، ومن مشروع عقد البيع النهائي رقم.... فى.... – على أن البيع لهؤلاء المشترين – ومن بينهم الطاعن – ينصب على حصة شائعة مقدارها ١٢س ١٤ط في كامل أرض ومبانى العقار، وإمتنع عن تقديم المستندات اللازمة لتسجيل ملكية تلك الشقق مفرزة، فضلاً عن أنه تقاعس عن نقل تمويل العقار إلى إسمه حتى عام ١٩٩٢ أي لمدة تزيد على سبع سنوات من تاريخ البيع الحأصل في ١٩٨٤/١٠/٢٤ – وهى أعمال من شأنها منع الطاعن من إستعمال حقه في تسجيل ملكيته للشقة المبيعة له مفرزة، والحيلولة دون تحقق الشرط الواقف المنصوص عليه في البند الحادى عشر من عقد البيع سالف البيان (شرط تعليق إلتزام المطعون ضده بنقل الملكية إلى الطاعن على إستخراج شهادة تمويل العقار المشتمل على الشقة المبيعة وتشكيل إتحاد ملاك وقيام جميع المشترين بالتسجيل) ،فإن ذلك يشكل خطأ في جانب المطعون ضده تترتب عليه مسئوليته العقدية مما يوجب إعتبار ذلك الشرط متحققاً حكماً. وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر، وأقام قضاءه بعدم قبول دعوى الطاعن (دعواه بطلب الحكم بصحة ونفاذ عقد البيع آنف البيان) على مجرد القول بأنه " لم يستوف ما إتفق عليه في العقد من إستخراج شهادة التمويل بإسم البائع وتشكيل إتحاد ملاك بين مشترى وحدات العقار فإنه يكون قد خالف القانون، وأخطأ في تطبيقه.

(الطعن ٥٤١٤ لسنة ٦٣ق – جلسة ٢٠٠١/٢/١٣ لم ينشر بعد)

الفصل الثانى
أسباب كسب الملكية
١ـ الاستيلاء
الإستيلاء على منقول ليس له مالك
مـادة (٨٧٠)

من وضع يده على منقول لا مالك له بنية تملكه ملكه.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى الأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٨٧٤ ليبى و٨٢٨ سورى و ١٠٩٨ عراقى – ٧٢٧ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

يراجع – لاحقاً – التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد على نص المادة ٨٧٣ مدنى.

رأى الفقه:

(١) يخلص من نص المادة ٨٧٠ من القانون المدنى أن للإستيلاء أركاناً ثلاثة، إذا اجتمعت تحقق الإستيلاء أركاناً ثلاثة، إذا اجتمعت تحقق الاستيلاء، وكان سبباً لكسب الملكية، هذه الأركان هى:

١– منقول مادى لا مالك له، فالمنقول المعنوى (كالشعر) لا يبنى عليه الاستيلاء

٢– وضع اليد على هذا المنقول – أى الإستحواز على المنقول والاستئثار به، وهذا هو العنصر المادى للحيازة.

٣– نية التملك، فالصبى غير المميز والمجنون لا يستطيع أن يتملك منقولاً بالإستيلاء لانعدام نية التملك المترتب على انعدام التمييز.

فالحيازة وحدها – هنا – غير مقترنة بأية واقعة أخرى تكفى للتملك، ويرجع ذلك إلى أن الشئ الذى يرد عليه الإستيلاء هو منقول لا مالك له، فتملكه لا يتضمن سلباً للغير ولذلك كانت الحيازة وحدها كافية.

(الوسيط – ٩ – للدكتور عبد الرزاق السنهوري – طبعة ١٩٦٨ – ص١٥ وما بعدها)

(٢) يبين من نص المادة ٨٧٠ مدنى أن الإستيلاء على مادى – يتحقق عن طريق وضع اليد على الشئ المباح أى بحيازته حيازة فعلية، ولكن هذه يجب أن تكون مقرونة بقصد تملك هذه الشئ، ثم إن الشئ المستولى عليه يجب أن يكون مباحاً لا مالك له. والمنقول المباح الذى لا مالك له، إما أن يكون شيئاً لم يتملكه أحد من قبل فى أى وقت من الأوقات، وإما أن يكون شيئاً متروكاً.

(الحقوق العينية الأصلية – للدكتور عبد المنعم البدراوى، ص٤٣٦)

(٣) الإستيلاء هو وضع شخص يده على شئ مادى لا مالك له بنية تملكه، فهو واقعة مادية هى وضع اليد أى الحيازة، ولكنها تختلط بإرادة التملك. ويؤدى الإستيلاء إلى كسب ملكية الشئ المستولى عليه فوراً أى دون حاجة إلى استمرار أية مدة.

ومن التعريف السابق يتضح أن الإستيلاء سبب لكسب حق الملكية وحده، فلا تكتسب به الحقوق العينية الأخرى، ذلك أنه يرد – كما يتضح من التعريف – على شئ لا مالك له، والحقوق العينية الأخرى غير الملكية ترد جميعاً على شئ مملوك، فلا يتصور وجودها على شئ لا مالك له وإذا كانت الأشياء التى يمكن تملكها بالإستيلاء هى الأشياء لا مالك لها، فإن هذه الصفة لا تتحقق إلا بالنسبة للمنقولات. أما العقارات فلا يمكن – وفقاً لأحكام قانوننا الحالى – أن تكون بغير مالك، وبالتالى لا يرد عليها الاستيلاء.

(**حق الملكية – للدكتور منصور مصطفى منصور – ص٢٧٣ وما بعدها**)

(٤) لإستيلاء سبب من الأسباب المؤدية، ويتحقق الإستيلاء على شئ ما بحيازته، فالحيازة هى مظهر الإستيلاء وجوهره والإستيلاء – حتى يعتبر من الأسباب المكسبة للملكية – فيجب أن تتوفر له عدة شروط:

١– أن يرد الإستيلاء على منقول – والمنقول هو كل شئ غير ثابت فى حيزه ولا يترتب على نقله تلف يصيبه، فلا يرد الإستيلاء على عقار. ويجب أن يكون المنقول مادياً، فالمنقولات المعنوية لا يرد عليها استيلاء.

٢– أن يكون هذا المنقول لا مالك له – فإذا كان للمنقول مالك، اعتبر الإستيلاء عليه بنية تملكه عملاً غير مشروع، بل ويعاقب عليه القانون. فالأشياء الضائعة أو المفقودة لا تعتبر بدون مالك، وليس لأحد الإستيلاء عليها.

٣– وضع اليد على المنقول – فالإستيلاء يتحقق بوضع اليد على المنقول أو بحيازته. وتتمثل الحيازة فى السيطرة المادية على المنقول والاستئثار به.

٤– نية التملك – فيجب أن تتوافر لدى من يستولى على المنقول نية التملك.

(**الحقوق العينية الأصلية – للدكتور محمد على عمران – ص٣١ وما بعدها**)

(٥) عرف القانون المدنى العراقى فى المادة ١٠٩٨ منه الإستيلاء بأنه: "إحراز المباح الذى لا مالك له بقصد تملكه". وعلى ذلك لا يكون العقار موضع للإستيلاء فى القانون العراقى، وينشأ من ذلك الإعتراض على القانون بأنه أدخل فى الإستيلاء ساحل البحر يردمه الإنسان فلا يكون ملكاً له وما ساحل يكون أرضاً بالردم إلا العقار. وربما كان الجواب على ذلك أن الذى جعل البحر ملكاً إنما هو التراب الذى صار عقاراً بفعل الإنسان. ولكن هذا لا يبرر فى الواقع جعل ردم البحر استيلاء، بل هو فى الحقيقة التصاق بفعل الإنسان إذا توافرت شروطه، أضف إلى ذلك أنه لما كان البحر لا يصلح للتملك بفعل الإنسان لأنه من الأموال العامة، فإن إدخاله فى معنى الإستيلاء غير صحيح قانوناً. أما الإباحة فهى – كما قالت المادة ٨٣٦ من المجلة – إعطاء الرخصة وإذن لشخص أن يأكل أو يتناول شيئاً بلا عوض. فالمباح على هذا كل شئ يقع تحت تناول كل أحد مجاناً إذا ثبت ذلك رخصة الشراع. وقد بين النص حدود هذه الرخصة بخروج الشئ من ملكية الغير.

وبناء على ذلك تكون القيود التى ترد لتجعل من الشئ موضعاً للإستيلاء بنظر القانون ثلاثة:

كونه مباحاً، سائباً، لا مالك له. فإذا اقترن الإستيلاء على الشئ المستوفى هذه القيود بنية تملكه أى إخراجه من حالة الإباحة والشيوع للعموم إلى حالة الإحراز بقصد التملك، فقد خرج هذا الشئ عن حالة الإباحة إلى حالة الملكية الخاصة وصار ملكاً لمن استولى عليه دون اشتراط مرور زمان معين. وربما جاز أن يضاف قيد رابع إلى تلك القيود، وهو صلاح الشئ للتملك، فهناك من الأشياء ما يصلح للإستيلاء والإحراز ولكنه لا يقبل التقويم أما بطبيعته وأما بحكم القانون. فأنت ترى من هذا أركان الإستيلاء خمسة بإضافة نية التملك أى إحراز الشئ وصلاحه لأن يكون مملوكاً قانوناً.

(الملكية العقارية في العراق – الجزء الأول – للأستاذ حامد مصطفى – طبعة ١٩٦٤ – ص٢٦٧)

أحكام القضاء الحديثة:

١- أسباب كسب الملكية واردة في القانون على سبيل الحصر وهى وفقاً للمواد ٨٧٠ وما بعدها من القانون المدني – الاستيلاء والميراث والوصية والعقد والشفعة والتقادم المكسب فضلاً عن أحكام رسو المزاد في البيوع الجبرية وليس من بين هذه الأسباب محاضر التسليم – بناء على حكم مرسي المزاد – سواء أكانت مسجلة أم غير مسجلة.

(الطعن رقم ١٠٧٧ ـ لسنة ٤٧ ق ـ تاريخ الجلسة ٢٦ / ٠٦ / ١٩٨٠)

* * *

مادة (٨٧١)

١- يصبح المنقول لا مالك له إذا تخلى عنه مالكه بقصد النزول عن ملكيته.

٢- وتعتبر الحيوانات غير الأليفة لا مالك لها ما دامت طليقة. وإذا اعتقل حيوان منها ثم أطلق عاد لا مالك له إذا لم يتبعه المالك فوراً أو إذا كف عن تتبعه. وما روض من الحيوانات وألف الرجوع إلى المكان المخصص له ثم فقد هذه العادة يرجع لا مالك له.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٨٧٥ ليبى و ٨٢٩ سورى و ١١٠٤ عراقى و ٧١٧ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

ينظر – لاحقاً – التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد على نص المادة ٨٧٣ من القانون المدنى.

رأى الفقه:

١- مؤدى الفقرة الأولى من المادة ٨٧١ مدنى أنه إذا تخلى عن المنقول مالكه بقصد النزول عن ملكيته، فقد هذه الملكية، وأصبح المنقول ليس له مالك، ومن ثم يجوز لأى شخص أن يتملكه بالاستيلاء.

ويشترط فى هذا التخلى توافر عنصرين:

الأول- مادى: هو ترك المنقول يخرج من حيازته.

والثانى – معنوى: وهو نية النزول عن ملكية المنقول.

ويفهم من الفقرة الثانية من ذات المادة عن طريق الدليل العكسى، أن العقار لا يجوز أن يتخلى عنه مالكه، إذ النص مقصور على المنقول.

كما يخلص من نص الفقرة الثانية من المادة ٨٧١ مدنى أيضاً أن الحيوانات الأليفة والمواشى والخيل والحمير والبغال والكلاب والقطط والقردة والنسانيس وغير ذلك من الحيوانات الأليفة، لا تعتبر منقولاً لا مالك له ولا يجوز تملكها بالإستيلاء إلا إذا ضلت وفقد صاحبها ملكيتها وتخلى عنها.

أما الحيوانات غير الأليفة، فلا مالك لها منذ البداية، وتبقى كذلك مادامت طليقة، ومن ثم يجوز كسبها بالاستيلاء، ويتم ذلك باعتقالها وترويضها واستئناسها (كالحمام، والغزال).

والأشياء المنقولة المتروكة – التى تركها أصحابها وتخلى عن ملكيتها زاهداً أو تخلصاً منها – تعتبر مالاً منقولاً لا مالك له، ومن ثم يجوز لأى شخص أن يتملكها بالاستيلاء.

(الوسيط – ٩ – للدكتور السنهوري – المرجع السابق – ص١٤ و٢٢ و٢٣ و٢٤ و٢٥و٢٦)

٢- يخلص من نص المادة ٨٧١ مدنى أن الحيوانات الأليفة كالدواجن والدواب والكلاب والقطط يكون لها عادة مالك، ومن ثم فلا تعتبر من المنقولات التى لا مالك

لها. فإذا ضلت أو تسربت لم يفقد مالكها حقه عليها، بل أشياء ضائعة ولا تملك بالإستيلاء، وإنما يجوز تملكها بالإستيلاء إذا تخلى صاحبها عن ملكيتها، لأنها تصبح عندئذ منقولاً لا مالك له.

أما الحيوانات غير الأليفة، ويدخل فى هذا النحل والحمام، وكذلك الحيوانات البرية كالغزلان والذئاب، وحيوانات الغابات، فهذه لا مالك لها مادامت على حالتها الطبيعية، ولكن إذا تملكها شخص بالإستيلاء فهى تظل مملوكة له مما بقيت فى حيازته. فإذا أطلقها أو إنطلق عادت إلى حالتها الطبيعية وخرجت عن ملكه مادام المالك لم يتبعها فوراً ليستيدها. فإذا لم يتتبعها، أو كف عن تتبعها جاز لغيره تملكها بالاستيلاء. أما إذا تتبعها فوراً فإنها تظل على ملكه ولا يجوز لشخص آخر أن يستولى عليها.

ومن الحيوانات غير الأليفة ما يروض فيألف الرجوع إلى مكانه، كحمام الأبراج ونحل الخلايا، وهذه تظل ملكاً لصاحبها حتى فى حال انطلاقها مادامت قد ألفت العودة إليه، فإذا فقدت عادة العودة فإنها ترجع طليقة وتصبح بدون مالك، ويجوز لأى شخص أن يتملكها بالاستيلاء.

(الحقوق العينية الأصلية – للدكتور عبد المنعم البدراوى – المرجع السابق – ص٤٧٣ و٤٣٨)

٣- وتعتبر من المنقولات التى لا مالك لها الحيوانات والطيور غير الأليفة مادامت طليقة، وكذلك الأسماك فى البحر أو النهر، فيمتلكها من يصطادها، مع ملاحظة أنه لا يلزم لذلك أن تتم حيازتها فعلاً، بل يكفى أن يكون فى إمكانه حيازتها نتيجة الصيد بأن تصبح فى حالة تعجز معها عن الفرار، ففى هذه الحالة تصبح مالكاً للصائد ولا يجوز لغيره أن يستولى عليها حتى ولو كانت قد وقعت فى أرض هذا الغير.

أما المنقولات التى لا مالك لها، وكانت مملوكة من قبل، فمنها:

أولاً- الحيوانات والطيور غير الأليفة التى تمت حيازتها فأصبحت مملوكة للحائز ثم أطلقت ولم يبعها المالك فوراً أو كف عن تتبعها، وكذلك ما روض منها وألف الرجوع إلى المكان المخصص ثم فقد هذه العادة، وهو ما نص عليه المشرع فى الفقرة الثانية من المادة ٨٧١ مدنى.

ومنها: **ثانياً**- الأشياء المتروكة، وهى المنقولات التى كانت مملوكة وتخلى عنها ملاكها بنية النزول عن ملكيتها، وهذه المنقولات هى غالباً قليلة القيمة (كالملابس القديمة)، فمن يستولى على شئ منها يتملكه.

(حق الملكية – للدكتور منصور مصطفى منصور – المرجع السابق ٢٧٥ و٢٧٦)

٤- نص القانون المدنى العراقى فى المادة ١١٠٤ على أن المنقول يكون مباحاً إذا تخلى عنه مالكه بقصد النزول عن ملكيته. وهذا النص مأخوذ من الفقرة الأولى من المادة ٨٧١ من القانون المصرى. والقصد الذى يدل على التخلى عن ملكية الشئ يعرف من قرائن الأحوال. فإذا ألقى إنسان بشئ فى عرض الطريق أو ألقاه حيث لا جزر يمنعه أو لم يتبعه ولم يطلب من أحد مراقبته وحفظه، كان ذلك دليلاً على قصد

التخلى عن ملكيته إلى من يجده، ومثل ذلك من يطلق حيواناً من بيته أو طيراً من قفصه وهو يعلم أنه إذا فر خلف يعود إليه.

(**الملكية العقارية في العراق – للأستاذ حامد مصطفى – جزء ١ – ص٢٧٧**)

من أحكام القضاء الحديثة:

١– الشئ المتروك – على ما أشارت المادة ٨٧١ من القانون المدنى فى فقرتها الأولى – هو الذى يستغنى صاحبه عنه بإسقاط حيازته وبنية إنهاء ما كان له من ملكية عليه، فيغدو بذلك ولا مالك له، فإذا استولى عليه أحد، فلا يعد سارقاً ولا جريمة فى الإستيلاء على الشئ لأنه أصبح غير مملوك لأحد، والعبرة فى ذلك بواقع الأمر من جهة التخلى، وهذا الواقع يدخل تحريه واستقصاء حقيقته فى سلطة قاضى الموضوع الذى له أن يبحث فى الظروف التى يستفاد منها أن الشئ متروك أو مفقود. ولما كان الحكم المطعون فيه قد أثبت ركن الإختلاس فى حق المتهم، وأن غرضه انصرف إلى تملكه غشاً، واستدل على ذلك استدلالاً سائغاً، فإن ما يثيره من أن المال المسروق هو مال متروك لا يكون سديداً.

(**نقض جنائي – جلسة ١٩٥٩/٤/٢٧ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ١٠ – جنائى ص٤٩٥**)

٢– لا يكفى لإعتبار الشئ أن يسكت المالك عن المطالبة به أو يقعد عن السعى لاسترداده بل لابد أن يكون تخليه واضحاً من عمل إيجابى يقوم به مقروناً بقصد النزول عنه.

(**نقض جنائى – جلسة ١٩٥٩/٤/٢٧ – المرجع السابق – ٤٩٥**)

* * *

Qanon.com

مـــادة (٨٧٢)

١ـ الكنز المدفون أو المخبوء الذى لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته له، يكون لمالك العقار الذى وجد فيه الكنز أو المالك رقبته.

٢ـ والكنز الذى يعثر عليه فى عين موقوفة يكون ملكاً خاصاً للواقف ولورثته.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:

مادة ٨٧٦ ليبـــى و ٨٣٠ ســـورى و ١١٠١ عراقـــى و ٢٣٧ لبنـــانى و ٧٢٨ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

ينظر – لاحقاً – التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد علـــى نـــص المـــادة ٨٧٣ مدنى.

رأى الفقه:

١– يخلص من نص المادة ٨٧٢ مدنى أنه يشترط فى الكنز، شرطان:

الأول – أن يكون منقولاً أو مخبوءاً، أما العقار المدفون فيكون أثراً قديماً يسرى عليه أحكام الآثار التاريخية. أما إذا كان المنقول ملقى على سطح الأرض فلا يعتبـــر كنزاً بل يعتبر شيئاً ضائعاً تسرى عليه أحكام الأشياء الضائعة، ويجوز أن يكون الكنز مخبوئاً فى منقول (كدرج سرى بالمكتب).

الثانى– ألا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته لهذا المنقول – فإذا شـــخص أن أثبـــت ملكيته للمنقول فإنه لا يعتبر كنزاً، يجوز لمالكه أن يسترده بدعوى الإستحقاق.

وفى القانون المصرى لا يخضع الكنز للاستيلاء، فقد أغفل جانب من عثر علـــى الكنز، فلم يجعل له نصيباً فيه. ويعنى ذلك أن من يعثر على الكنز إما أن يكون ذلـــك مصادفة فليس له فضل فى العثور عليه ولا يستحق شيئاً، وإما أن يكون قد عثر عليـــه بناء على تكليف من المالك بالبحث، فلا حق له فى الكنز لأنه يعمل لحـــساب المالـــك يجزيه طبقاً للإتفاق، أو أن له حق الرجوع عليه بدعوى الإثراء بلا سبب.

ويثبت الكنز لمالك الرقبة دون صاحب حق الانتفـــاع وللمحكـــر دون المحتكـــر وللمالك دون المستأجر وللواقف أو ورثته، وللدولة فى الأرض المملوكة لهـــا ملكيـــة خاصة أو عامة، ولمالك المنقول الذى عثر على الكنز فيه.

ويستطيع مالك الكنز أن يسترده من تحت يد مالك العقار بدعوى الإستحقاق طبقاً للقواعد العامة، وهى لا تتقادم، ما لم يتملك الكنز بالتقادم الطويل.

(الوسيط – ٩ – للدكتور السنهوري – المرجع السابق – ص٢٦ وما بعدها)

٢– يتضح من نص المادة ٨٧٢، أنه يجب أن يتوافر فى الكنز، شروط ثلاثه:

(١) أن يكون منقولاً.

(٢) أن يكون هذا المنقول مدفوناً أو مخبوءاً.

(٣) ألا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته.

كما يتضح من النص أن الكنز لا يتملكه مكتشفة وإنما يتملكه مالك العقار الذى وجد فيه ليس على أساس الإستيلاء وإنما على أساس التبعية، فملكية الشئ تشمل جميع أجزائه، وملكية الأرض تشمل ما تحتها وما فوقها.

(الحقوق العينية الأصلية – للدكتور عبد المنعم البدراوى – المرجع السابق – ص٤٤٠ و٤٤١)

٣– يتضح من نص المادة ٨٧٢ مدنى أن الكنز منقول مدفون أو مخبوء لا يعرف له مالك. فيجب:

أ– أن يكون منقولاً – فالعقارات التى توجد فى الأرض كالأعمدة أو القبور، لا تعتبر كنوزاً، بل تعتبر – إذا لم تكن من الآثار – جزءاً من الأرض التى وجدت فيها.

ب– أن يكون المنقول مدفوناً أو مخبوءاً فى عقار (أرض – حائط – سقف) أو فى منقول (درج سرى لمكتب – دولاب).

ج– ألا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته له.

وبالرغم من ورود نص المادة ٨٧٢ مدنى بين نصوص الاستيلاء، فإن سبب تملك الكنز ليس هو الاستيلاء، إذ لو كان الإستيلاء هو سبب التملك، لوجب إعتبار الكنز لمن يعثر عليه ويضع يده بنية التملك. فما هو سبب التملك إذن؟ ذهب البعض (شفيق شحاته – ص ٢١٥ ومحمد عرفة – جزء ٢ – رقم ١٨ والبندارى – ص ٤١٨ وحسن كيره – المصادر – ص ٨٠) – إلى القول بأن مالك الأرض يتملك الكنز بإعتباره من ملحقاتها أو من توابعها. ويرى البعض بحق أن هذا الأساس غير مقبول، فالكنز لا يصدق عليه وصف المحلقات، ولا يعتبر من ثمار العقار أو من منتجاته، ولو كان من الملحقات لامتد إليه حق المنتفع إذا كان هناك حق انتفاع، فى حين أن النص بأن الكنز يكون لمالك الرقبة، ويرون أنه لا يوجد أساس للحكم الوارد فى المادة ٨٧٢ مدنى سوى ما رآه المشروع من أن مالك العقار الذى يوجد به الكنز هو أحق الناس به مادام لا يعرف مالكه الأصلى.

(اسماعيل غانم – جزء ٢ – ص ٦، وعبدالمنعم الصده – ص ٣٥٢)

(حص الملكية – للدكتور منصور مصطفى منصور – المرجع السابق – ص٢٧٨، وما بعدها)

٤– وللكنز فى حكم المادة ٨٧٢ مدنى، شروط ثلاثه:

الشرط الأول– أن يكون منقولاً – ومع أن المشرع لم ينص على ذلك صراحة، إلا أن طبيعة الأشياء تقتضيه، وهذا هو ما جرى عليه القضاء فى فرنسا، وأفصحت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدنى المصرى عن هذا الشرط.

الشرط الثانى– أن يكون مدفوناً فى باطن الأرض – فإذا كان ظاهراً على السطح، فلا يعتبر كنزاً ولا تسرى عليه أحكامه. وقد يكون مخبوءاً فى منقول آخر يحتويه، وهو بذلك يتميز ويستقل عن العقار أو المنقول الذى دفن فيه.

الشرط الثالث – أن يستحيل على شخص أن يثبت ملكيته له.

(الملكية العينية الأصلية – للدكتور محمد على عمران – المرجع السابق – ص٣٩ وما بعدها)

٥- الكنز هو مال يعثر عليه مخبوءاً فى الأرض أو البناء ولا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته، ويفهم من لفظ القانون أن كل مال يعثر عليه مخبوءاً يعد كنزاً، والأمر ليس كذلك إذ يجب أن يكون الكنز شيئاً ثميناً له قيمة مطلقة بحد ذاته. فالأشياء الأثرية لا تكون كنزاً لأن قيمتها إعتبارية إلا إذا كانت مادتها، فإن قيمتها عن ذلك تكون بهذه المادة. ومع ذلك فإن قانون الآثار قد أخرجها من معنى الكنز وجعل لها أحكاماً خاصاً.

ويشترط – حتى يكون الشئ كنزاً – العثور عليه بحالة الصدفة كما يشترط أن لا يدعى بملكيته أحد.

(الملكية العقارية في العراق – للأستاذ حامد مصطفى – المرجع السابق – ص٢٧٦ وما بعدها)

ويظهر أن القانون ألحق الكنز بالأرض نفسها، فإن كانت رقبتها لمالك كان له، وإن كانت للدولة كان لها، وإن كانت وقفاً صحيحاً كان لجهة الوقف نفسه. فكأن اعتبره غلة من العقار. أما الواجد فلا يكون له منه شئ إن لم يكن أحد هؤلاء والعبرة لملكية الأرض وقت وجود الكنز، لهذا لا يكون للبائع المطالبة به إذا وجده المشترى بعد العقد.

* * *

obeikan.com

مادة (٨٧٣)

الحق فى صيد البحر والبر واللقطة والأشياء الأثرية تنظمه لوائح خاصة.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٨٧٧ ليبى و ٨٣١ سورى و ١١٠٢ و ١١٠٣ عراقى و ٧٢٩ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

١- الإستيلاء لا يكون إلا على شئ لا مالك له، والشئ الذى لا مالك له يسمى سائبة، ويكون المنقول سائبة:

إما لأنه لم يكن له مالك من قبل، كالحيوانات المتوحشة الطليقة، وكالسمك فى البحر والطير فى الهواء، وإما لأنه بعد أن كان مملوكاً أصبح سائبة، كأن يتخلى مالك المنقول عنه بقصد النزول عن ملكيته، وكأن تطلق الحيوانات المتوحشة بعد اعتقالها، ويكون ذلك بنية التخلى عن ملكيتها، وتظهر هذه النية إذا لم يتبعها المالك فوراً أو كف عن تتبعها فتعود سائبة، وكأن تفقد الحيوانات التى روضت واعتادت الرجوع إلى المكان المخصص لها هذه العادة فترجع سائبة كما كانت.

فمن وضع يده على سائبة منقول بنية تملكه ملكه. ووضع اليد هنا هو الحيازة بعنصريها المادى والمعنوى.

٢- أما الكنز، وهو المنقول المدفون أو المخبوء فى الأرض، ولا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته، فهو لواجده لأنه استولى عليه، إذا كانت الأرض التى وجد فيها الكنز مباحة لا مالك لها إلا الدولة وتدفع الرسوم المقررة فى اللوائح. أما إذا كانت الأرض مملوكة لأحد، فيكون الكنز لمالك الأرض أو لمالك رقبتها، إذا كان قد تقرر عليها حق انتفاع أو حكر أو قرار فإن كانت العين موقوفة، فلا يكون الكنز وقفاً على المستحقين لأنه لا يلحق بالأرض، بل يكون ملكاً خالصاً للواقف ولورثته من بعده.

٣- وهناك لوائح تنظم حالات خاصة من المنقول السائبة، كلوائح الصيد واللقطة والأشياء الأثرية وما إلى ذلك.

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني – الجزء ٦ – ص١٩٣ و١٩٤)

رأى الفقه:

١- اللقطة هى الشئ الضائع بفقده صاحبه ولا يعثر عليه، فيعثر عليه شخص آخر ويلتقطه. ويجب التمييز بين اللقطة والأشياء المتروكة، فاللقطة ضاعت من صاحبها ففقد حيازتها المادية ولكنه لم يتخل عن ملكيتها، فيبقى مالكاً لها ولا تكون محلاً للاستيلاء. أما الأشياء المتروكة فقد تخلى صاحبها عن حيازتها وعن ملكيتها معاً فأصبحت غير مملوكة لأحد. والقرائن تميز بين اللفظة والأشياء المتروكة.

كذلك يجب التمييز بين اللقطة والكنز، فإنهما يتفقان فى عدم تخلى صاحب كل منهما عن ملكيته، فلا يعتبر شيئاً لا مالك له ولا يكون محلاً للاستيلاء، ويتفقان فى أن المالك غير معروف وقت العثور على الشئ. ولكنهما يختلفان فى أن اللقطة منقول

ظاهر أمام الناس، فهو إما ملقى على قارعة الطريق أو بإد للعين فوق رف أو على درج أو باق فى مكان ظاهر فى قطار أو فى سيارة أجرة. أما الكنز فمنقول غير ظاهر للعيان، فهو إما مدفون أو مخبوء، ويغلب أن يكون الكنز شيئاً ثميناً، ويغلب من الناحية العملية ألا يعرف المالك الحقيقى للكنز لدفنه أو تخبئته من مدة طويلة، أما اللقطة فاحتمال التعرف على صحبها أقرب.

فاللقطة إذن منقول له مالك، ولذلك لا يصلح أن يكون محلاً للاستيلاء.

وأهم التشريعات التى نظمت اللقطة الأمر العالى الصادر فى ١٨ مايو ١٨٩٨ الخاص بالعثور على الأشياء أو الحيوانات الضائعة.

وكذلك القانون رقم ٢١٥ لسنة ١٩٥١ الذى ينظم الآثار فى مصر.

والقانون رقم ٧١ لسنة ١٩٦٢ بشأن التركات الشاغرة التى تتخلف عن المتوفين من غير وارث، حيث نصت الفقرة الأولى من المادة الأولى منه على أن: "تؤول إلى الدولة ملكية التركات الشاغرة الكائنة بالجمهورية العربية المتحدة والتى يخلفها المتوفين من غير وارث، أياً كانت جنسيتهم، وذلك من تاريخ وفاتهم".

فإذا مات إنسان ولم يترك وارثاً، ففى الشريعة الإسلامية تؤول تركته إلى بيت المال، وبيت المال تمثله الآن خزانة الدولة، فتكون التركات لا وارث لها ملكاً خاصاً للدولة، وتؤول التركة إلى الدولة بإعتبارها تركة موروثة بل بإعتبارها مالاً لا مالك له.

(الوسيط – جزء ٩ – للدكتور السنهوري – المرجع السابق – ص٣٥ وما بعدها)

٢- يجب عدم الخلط بين المنقولات المتروكة والمنقولات الضائعة فالأشياء المتروكة هى الأشياء التى يتخلى عنها أصحابها بنية النزول عن ملكيتها. أما الأشياء الضائعة أو المفقودة فإن صاحبها لا يعتبر أنه نزل عن ملكيتها، ولذلك فهى تظل مملوكة له، وبالتالى لا تكون ملكاً لمن يلتقطها.

فإذا احتفظ الملتقط بالشئ بنية امتلاكه اعتبر سارقاً، سواء وجدت هذه النية وقت التقاطه أو بعد ذلك، وسواء ثبتت بعد فوات المدة التى يجب عليه أن يسلم الشئ خلالها أو فى أثنائها، ولا يحول هذا دون من عثر على الشئ الضائع وتملك هذا الشئ بالتقادم الطويل بعد خمس عشرة سنة.

(الحقوق العينية الأصلية – للدكتور عبد المنعم البدراوى – المرجع السابق – ص٤٣٨ و٤٣٩)

من أحكام القضاء الحديثة:

١- ومن حيث إن مفاد تلك النصوص وسائر نصوص القانون المذكور أن مالك المركب أو المسئول عن إدارتها الذي يتقدم بطلب الترخيص له بصيد الأسماك إلى الهيئة العامة لتنمية الثروة السمكية عليه أن يرفق بطلبه المستندات اللازمة للترخيص وذلك حتى يمكن السير في إجراءات الترخيص حسب النماذج المعدة لذلك، وأوجب المشرع قبل الترخيص فحص المركب فنياً لتحديد مكان الصيد وطريقة الصيد التي تناسبها وتصدر بها الرخصة، ونصت المادة (٢٧) على أن الرخصة لمدة عام تنتهي في ٣١ ديسمبر من كل عام يجري تجديدها سنوياً ويتبع في تجديد الرخصة

الإجراءات المحددة لطلب الترخيص بما فيها الفحص الفني وتقديم سائر المستندات رفق طلب التجديد على نحو يمكن الهيئة المذكورة من مراقبة مدى توافر الشروط والضوابط المقررة لكل طريقة للصيد ومدى تلاؤمها مع المنطقة التي يرخص للمركب بالصيد فيها، وعلى ما تقدم فإن القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٨٣ سالف البيان لا يعرف نظام الرخصة المؤقتة التي تصدر لفترة محددة، وفي المقابل لا يعرف الرخصة الدائمة التي تصدر لمرة واحدة فقط وإنما حدد الرخصة التي تصدر وفقاً لأحكامه بأنها تلك التي تصدر سنوياً ويجري النظر في تجديدها كلما توافرت الشروط المحددة للترخيص سواء في المركب أو في المرخص له ومن أجل ذلك لا يعرف القانون المذكور الترخيص الضمني، وإنما يتعين أن يبحث طلب الرخصة أو طلب تجديدها ويصدر قرار الهيئة بالترخيص في كل حالة على حدة سواء أكان الترخيص بناء على قرار الهيئة من تلقائها أو بناء على حكم قضائي في حالة امتناعها عن إصداره رغم توافر شروط الترخيص التي حددها القانون المذكور.

(الطعن رقم ١٨٧٤ ـ لسنة ٣٤ ق ـ تاريخ الجلسة ١٩ / ١٢ / ١٩٩٣)

* * *

obeikan.com

الإستيلاء على عقار ليس له مالك

مادة (٨٧٤)

١ـ الأراضى غير المزروعة التى لا مالك لها تكون ملكاً للدولة.

٢ـ ولا يجوز تملك هذه الأراضى أو وضع اليد عليها إلا بترخيص من الدولة وفقاً للوائح.

٣ـ إلا أنه إذا زرع مصرى أرضاً غير مزروعة أو غرسها أو بنى عليها، تملك فى الحال الجزء المزروع أو المغروس أو المبنى ولو بغير ترخيص من الدولة. ولكنه يفقد ملكيته بعدم الإستعمال مدة خمس سنوات متتابعة خلال الخمس العشرة السنة التالية للتملك.

(نصت المادة ٨٦ من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ تنظيم تأجير العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة والتصرف فيها على أن: " تلغى الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ من القانون المدني " – وبهذا لم يعد باقياً من نص المادة ٨٧٤ مدني سوى الفقرتان الأولى والثانية)

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٨٧٨ ليبى و ٨٣٢ سورى و ١١٠٥ عراقى و ٢٣٤ – ٢٣٦ لبنانى.

الأعمال التحضيرية:

١– يشمل المال المباح الأراضى غير المزروعة التى ليست ملكاً عاماً ولا ملكاً خاصاً، وذلك كالصحارى والجبال والأراضى المتروكة، وتعتبر هذه الأراضى ملكاً للدولة، ولكن مملوكة لها ملكية ضعيفة إذ يجوز الإستيلاء عليها.

٢– **وللإستيلاء على المال المباح طريقان:** طريق الترخيص الذى يصدر من الدولة وفقاً للوائح المقررة، وطريق الإستيلاء الحر وشرطه التعمير. فمن زرع أو بنى ولو بغير ترخيص فى أرض مباحة تملكها فى الحال، بشرط فاسخ هو أن يكف عن إستعمالها فى الزرع أو البناء خمس سنوات متواليات فى خلال الخمس عشرة سنة التالية للتملك. فالملكية هنا لا تكسب بالتقادم وإلا وجب أن تتراخى إلى خمس عشرة سنة، وإنما هى تكسب فى الحال معلقة على هذا الشرط الفاسخ.

والمطلوب ممن يعمر الأرض أن يزرع أو يبنى وفقاً لما يمكن أن تعد له الأرض من أغراض، فيكفى أن يجعل الأرض مرعى أو يسورها أو ينصب فيها خياماً متنقلة.

٣– ويختلف المشروع (مادة ١٣٠٦) عن التقنين الحالى (مادة ٥٧ / ٨٠) فى الإستيلاء على المال المباح من وجود ثلاثة:

(أ) أوجب المشروع أن يكون المستولى مصرياً، حتى لا يتملك أجنبى أرضاً مصرية بهذا الطريق السهل.

(ب) بين المشروع بوضوح أن الإستيلاء يترتب عليه التملك فى الحال، وأن الحصول على ترخيص ليس ضرورياً فى الاستيلاء، وهاتان المسألتان مثال للخلاف

فى التقنين الحالى، وإن كان نص هذا التقنين لا يبرر هذا الخلاف، فأراد المشروع أن يقضى على كل خلاف فى هذا الصدد بإستعماله ألفاظاً واضحة صريحة.

(ج) ذكر المشروع أن الخمس سنين التى يفقد المستولى الملكية بعدم إستعمال الأرض فى أثنائها يجب أن تكون سنين متواليات. فأصبح المستولى أقل تعرضاً لفقد ملكيته فى المشروع منه فى التقنين الحالى الذى لا يشترط التوالى. ويكفى فى المشروع أن يستعمل المستولى الأرض سنة كل خمس سنوات حتى لا يتحقق الشرط الفاسخ لملكيته، فإذا لم يبق من الخمس عشرة سنة إلا أربع سنوات دون أن يتحقق الشرط الفاسخ، أصبحت ملكيته باتة، حتى قبل انقضاء الأربع السنوات، لاستحالة تحقق الشرط الفاسخ.

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني – الجزء ٦ – ص١٩٧ – ١٩٨)

رأى الفقه:

١– بعد صدور القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ لم يعد من الجائز تملك العقار عن طريق الاستيلاء، إذ الإستيلاء يفترض أرضاً لا مالك لها، وقانون سنة ١٩٦٤ يجعل الأراضى الصحراوية مملوكة للدولة ملكية خاصة، ذلك أن القانون المشار إليه يجعل تملك هذه الأراضى يتم عن طريق بيعها بالممارسة إلى الأفراد الراغبين فى شرائها لاستصلاحها، فلم يعد جائزاً – بعد أن ألغيت الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ مدنى، أن يعمد أى مصرى بدون ترخيص إلى وضع يده على هذه الأراضى، يزرعها أو يغرس فيها أو يبنى عليها، ذلك أن الإستيلاء – بعد صدور قانون سنة ١٩٦٤ – لا يرد على العقار وإنما يرد على المنقول فقط، كما أنه – بصدوره أيضاً – لم يعد هناك محل للقول بأن ملكية الدولة للأراضى الصحراوية ملكية ضعيفة، بل هى قد أصبحت ملكية حقيقية لملكيتها لسائر أموالها الخاصة. فللدولة أن تؤجر هذه الأراضى أو تبيعها وأن تصرف فيها فى أى مال تملكه ملكية خاصة، وعلى ذلك أصبحت الأراضى الصحراوية لها مالك هو الدولة، فلم يعد يجوز تملكها بالاستيلاء.

(الوسيط – ٩ – للدكتور السنهوري – المرجع السابق – ص٤٧ وما بعدها)

٢– يستفاد من نص الفقرة الأولى للمادة ٨٧٤ مدنى أن كل أرض فى ملكية أحد الأفراد أو فى الملك العام للدولة أو فى ملكيتها الخاصة تعتبر مملوكة للدولة.

والواقع أن هذه الملكية هى نوع من الإشراف الأعلى للدولة، ذلك الإشراف الذى ينبسط على إقليمها، أقرب منها إلى الملكية المدنية.

ولهذا فإن المشرع مع وضعه هذا المبدأ الذى يقضى بأن الأرض غير المزروعة تعتبر ملكاً للدولة، أضاف أنه من الممكن تملك هذه الأراضى بنوع من الاستيلاء، وهذا هو الذى حذا بواضعى المذكرة الإيضاحية للتقنين المدنى إلى تقرير أن (المال المباح يشمل الأراضى غير المزروعة التى ليست ملكاً عاماً ولا ملكاً خاصاً، وذلك كالصحارى والجبال والأراضى المتروكة، وتعتبر هذه الأراضى ملكاً للدولة، ولكنها مملوكة لها ملكية ضعيفة إذ يجوز الإستيلاء عليها.

ولكن ما المقصود بالأراضى غير المزروعة؟

لا شك فى أنه لا يدخل فى هذا الاصطلاح الأراضى الداخلة فى زمام المدن والقرى، فهذه إن لم تكن مملوكة للأفراد تكون ملكاً خاصاً للدولة لا يجوز تملكها إلا بأسباب التملك الأخرى، ولا يدخل فيها أيضاً أراضى طرح النهر والجزر، فهذه تعتبر من أملاك الدولة الخاصة، وتوزع على نحو ما بينه القانون.

وإنما تنصرف هذه الأراضى إلى الأراضى غير المعمرة، أى إلى الأراضى الموات التى لا تعتبر ملكاً عاماً ولا ملكاً خاصاً، ولا تمارس الدولة عليها سلطات المالك لكونها غير داخلة فى زمام المدن أو القرى، ولذلك لم تكن تعتبر من الأموال المملوكة للدولة ملكية خاصة، ومثالها الأراضى الصحراوية والأراضى الرملية التى تحف ساحل البحر والجبال والأراضى البور غير المزروعة خارج الزمام. هذه هى الأراضى التى قرر المشرع جواز ملكها بالإستيلاء عليها وتعميرها رغبة منه فى تشجيع الأفراد على إحياء الأراضى الموات.

فلما صدر القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ بتنظيم تأجير العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة والتصرف فيها، ونصت المادة ٨٦ منه على إلغاء الفقرة الثالثة من نص المادة ٨٧٤ من القانون المدنى – نظم تنظيماً شاملاً للعقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة وحدد أقسامها، وتعرض لتحديد الأراضى غير المزروعة المشار إليها فى المادة ٨٧٤ مدنى.

ويتضح من نصوص القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ أنه حتى الأراضى الصحراوية وكافة الأراضى غير المزروعة التى تشير إليها المادة ٨٧٤ من القانون المدنى أصبحت مملوكة للدولة ملكية خاصة، ولم تعد ملكيتها عليها – كما كان من قبل – تلك الملكية الضعيفة التى تقرب إلى الإشراف العام والتى تعد مملوكة ملكية عامة ولا ملكية خاصة، وبذلك لم تعد هنالك أراضى غير مزروعة لا مالك لها، ومن ثم لا يجوز تملكها بالإستيلاء المشار إليه فى المادة ٣/٨٧٤ مدنى.

ويلاحظ أن القانون ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ لم يلغ الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ مدنى بأثر رجعى، فهو لم يمس الملكيات التى اكتسب قبل صدوره.

(الحقوق العينية الأصلية – للدكتور عبد المنعم البدراوى – المرجع السابق – ص٤٤٤ وما بعدها)

٣- جعل القانون المدنى العراقى العقار من الأشياء القابلة للاستيلاء، ومع أن العقار المباح قليل جداً، فإن إعتباره من المباحات فيه تسامح كبير، ذلك لأن العقار لا يصح أن يعد سائباً لا ملك له كالكلأ والحيوان والأحجار، لأنه يؤلف أحد العناصر التى تكون الثروة العامة للدولة، فيفترض أنه ملك الدولة على كل حال كما يفهم من النصوص، وهو ما نص عليه القانون المصرى والسورى واللبنانى.

وفيما عدا الحكم الوحيد الذى نص عليه القانون العراقى للإستيلاء على العقار، حيث أباح تمليك شاطئ البحر المردوم إذ أن الرادم يكون الأرض بنفسه بما يضع العقار.

(الملكية العقارية في العراق – للأستاذ حامد مصطفى – المرجع السابق – ٢٧٧ وما بعدها)

٤- ويمكن أن نضيف أن القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ ينظم أحكام التأجير والتصرف فى أملاك الدولة الخاصة، وأنه استهدف التعديلات بالقانونين رقمى ٣٦ لسنة ١٩٦٧ و ١٧ لسنة ١٩٦٩، فنصت المادة الأولى منه على سريان أحكامه على العقارات الداخلة فى ملكية الدولة الخاصة، ونصت المادة الثانية منه على أن **الأراضى المملوكة للدولة ملكية خاصة تنقسم إلى ثلاثة أنواع:**

أ- الأراضى الزراعية.

ب- الأراضى البور الواقعة داخل الزمام، والأراضى المتاخمة الممتدة خارج حد الزمام إلى مسافة كيلو متر بين.

ج- الأراضى الصحراوية.

ونصت المادة الثالثة على أن تأجير أملاك الدولة الخاصة والتصرف فيها يتم بطريق التوزيع أو بالبيع بطريق الممارسة أو بالمزاد العلنى.

ورددت المادة الرابعة منه أحكام المادة الثالثة، إذ جاء بها أن تأجير الأراضى الفضاء والتصرف فيها بطريق الممارسة أو المزاد العلنى وفقاً للقواعد والإجراءات والشروط التى تحددها اللائحة التنفيذية.

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٣٦ لسنة ١٩٦٧ أن القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ صدر بتنظيم العقارات المملوكة للدولة خاصة والتصرف فيها متضمناً تطويراً شاملاً للقواعد القانونية المنظمة لأملاك الدولة الخاصة على نحو يساير مجرى التطور الثورى الحديث فى مجتمعنا، وقد جاء التعديل (الذى اشتمل عليه القانون ٣٦ لسنة ١٩٦٧) تأكيداً للحقوق المشروعة التى أقرها هذا القانون لجماهير الشعب المتطلعة بحق إلى ملكية نصيب عادل من أرض الوطن ... ووفاء من الدولة بما إلتزمت به فى ذلك القانون من واجبات.. وتحقيقاً لحاجة المجتمع فى تقدمه وارتقائه وتطوره السريع المعاصر إلى قوانين مخططة الإقتصادية والإجتماعية ... جرى التعديل محققاً لكل تلك الأهداف ومؤكداً لها).

وجاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٦٩ أن القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ قد تضمن تنظيم تأجير العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة والتصرف فيها، وقواعد التصرف فى الأراضى البور والصحراوية، وتقضى هذه القواعد ببيع هذه الأراضى بطريق الممارسة، وأن مساحة الأراضى البور القابلة للزراعة المملوكة للدولة بلغ نحواً من ٨٥٠٠٠ فدان تقع إما داخلها أو تتخللها أو متاخمة لها، وأن من الصواب حسن تنظيم استغلال هذه الأراضى ووضعها موضع الاستثمار الاقتصادى الذى يعود على المواطنين والدولة بالفوائد والنفع فقد جرى التعديل الثانى محققاً لتلك الأهداف ومؤكداً لها.

وأخيراً صدر القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٨٤ فى أن بعض القواعد الخاصة بالتصرف فى أملاك الدولة الخاصة[1]، وقد تضمنت المادة الأولى منه نص على أنه يجوز للجهة الإدارية المختصة التصرف فى الأراضى المملوكة للدولة ملكية خاصة

(١) نشر بالجريدة الرسمية – في ١٩٨٤/٣/٣١ – العدد ١٣ مكرر وعمل به من اليوم التالى لنشره.

إلى واضع اليد عليها قبل نفاذ هذا القانون، وذلك بالبيع بطريق الممارسة مع جواز تقسيط الثمن متى طلب شراءها خلال ستة أشهر من تاريخ العمل به وفقاً للقواعد والضوابط التى يقررها مجلس الوزراء لإعتبارات سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية. ونصت المادة الثالثة منه على سريان القواعد والشروط المنظمة للتصرف فى أملاك الدولة الخاصة إضافة إلى نصوصه. وجاء بنص المادة الرابعة منه أن أحكامه لا تخل بالأحوال الأخرى والشروط والقواعد التى يتم فيها التصرف فى أملاك الدولة الخاصة بطريق الممارسة.

والممارسة فى نطاق قانون المناقصات والمزايدات واللائحة الصادرة تنفيذاً له، طريق استثنائى، فلا يلجأ إليها إلا فى تلك الحالات المنصوص عليها صراحة فيها. كما أن الممارسة تتولاها لجنة تشكل بقرار من السلطة المختصة تضم عناصر فنية ومالية وقانونية بحسب أهمية وطبيعة التعاقد.

من أحكام القضاء الحديثة:

١- الأراضى غير المنزرعة التى لا مالك لها تعتبر ملكاً للدولة ملكية خاصة

(نقض – جلسة ١٩٦٢/١١/٨ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ١٣ – مدني – ص٩٨١)

٢- جرى قضاء محكمة النقض بأن الأراضى الداخلة فى زمام البلاد تخرج عن نطاق الأراضى غير المزروعة التى يجوز تملكها بالإستيلاء طبقاً للمادة ٥٧ من القانون المدنى الملغى (والمادة ٨٠ من القانون المدنى المختلط) المقابلتين للمادة ٨٧٤ من التقنين المدنى القائم، وبالتالى فلا يرد عليها التملك بالاستيلاء، سواء أكانت وسيلته هى الترخيص أو التعمير.

(نقض – جلسة ١٩٦٧/١/٢٦ – المرجع السابق – السنة ١٨ـ ص٢٣٠، ونقض – جلسة ١٩٦٦/١٢/٦ – المرجع السابق – السنة ١٧ – ص١٧٨١)

٣- التعديل الذى طرأ على المادة ٩٧٠ مدنى بالقانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ قد اقتصر على هذا النص، ولم يتناول المادة ٨٧٤ مدنى التى تتحدث عن الإستيلاء بإعتباره سبباً مستقلاً لذاته لكسب الملكية والتى كانت تجيزه الفقرة الثالثة منها لكل مصرى أن يتملك بهذا الطريق ما يزرعه أو يغرسه أو يبنى عليه من الأراضى غير المزروعة التى لا مالك لها، وذلك بمجرد حصول الزرع أو الغرس أو البناء ودون اشتراط لمعنى مدة ما على وضع يده، وإنما هذه الملكية بعدم الإستعمال مدة خمس سنوات متتابعة خلال الخمس عشرة سنة التالية للتملك. أما القانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٥٩ فقد اقتصر على خطر التعدى على الأراضى التى منه القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ وتملكها بالتقادم وتخويل الجهة الإدارية صاحبة الشأن حق إزالة هذا التعدى بالطريق الإدارى، ومن ثم فلا يكون التعديل الذى أدخل بالقانونين المذكورين أثر على نص المادة ٨٧٤ مدنى.

الأراضى الموات. ماهيتها. جواز تملكها. شرطة. ترخيص الدولة أو تعميرها. م٥٧ مدني قديم المقابلة للمادة ٣/٨٧٤ مدنى.

قبل صدور القانونين رقمي ١٢٤ لسنة ١٩٥٨، ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ بشأن تنظيم تملك الأراضى الصحراوية – تعتبر الأراضى غير المزروعة التى ذكرتها المادة ٥٧ من التقنين المدني القديم المقابلة للمادة ٨٧٤ من القانون المدني الحالى كل أرض غير مزروعة لا تكون مملوكة لأحد من الأفراد ولا تدخل في الأموال العامة ولا في أموال الدولة الخاصة، فهى الأراضى الموات التى لا مالك لها كالأراضى المتروكة والصحارى والجبال، أي أنها الأراضى التى لا تدخل في زمام المدن والقرى ولم تكن بمنزلة الأراضى الداخلة في الزمام والتى تملكها الدولة ملكية خاصة بل هي أرض مباحة يملكها من يستولى عليها ويعمرها وقبل أن يستولى عليها أحد كانت مملوكة ملكية ضعيفة للدولة هوي بهذا الوصف – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أقرب إلى السيادة منها إلى الملكية الحقيقة، وقد أباح الشارع تملك هذه الأرض بإحدى الوسيلتين المنصوص عليهما في المادة ٥٧ سالفة البيان المقابلة للفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ من القانون المدني الحالى قبل إلغائها، وهما الترخيص من الدولة أو التعمير، وطبقاً لذلك يملك المعمر الأراضى التى عمرها سواء بالغراس أو البناء عليها أو بأية وسيلة أخرى في الحال فور تعميرها بشرط ألا ينقطع عن إستعمالها في خلال الخمسة عشر سنة التالية للتملك مدة خمس سنوات متتالية.

(الطعن ١٨٩٥ لسنة ٦١ق جلسة ١٩٩٢/١/٥ س٤٣ ص١١٧)

٤– إقرار حالات الملكية السابقة على نفاذ القانون ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ المستندة إلى حكم الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ من القانون المدني. ق١٠٠ لسنة ١٩٦٤ بتنظيم العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة. مناطه.

القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ بتنظيم تملك الأراضى الصحراوية والذى عمل به إعتباراً من ١٩٥٨/٨/٢٤ نص في مادته الخامسة على أن الملكية والحقوق التى تستند إلى عقود مسجلة أو أحكام نهائية سابقة على العمل به أو عقود صدرت من الحكومة ولم تسجل إذا كانت شروط العقد قد نفذت تظل قائمة، وقد بحث المشرع جوانب القصور التى شملت هذا القانون وأصدر القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ بتنظيم العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة والتصرف فيها، قد أقر المشرع بالمادة ٣/٧٥ منه حالات الملكية السابقة على نفاذ القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ المستندة إلى حكم الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ من القانون المدني، وكان رائده في ذلك، وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية لهذا القانون الإعتبارات المتعلقة بالعدالة وإحترام الحيازة المكتسبة والمبادئ المسلمة بالنسبة إلى تطبيق القوانين من حيث الزمان.

(الطعن ١٨٩٥ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٢/١/١ ٥س٤٣ص١١٧)

٥– الأماكن الصادر بشأنها قرارات إستيلاء. م٢/٦ ق٤٩ لسنة ١٩٧٧. إعتبارها مؤجرة للجهات التى تم الإستيلاء لصالحها. أثره. إلتزامها بالوفاء بالأجرة لمن إنتقلت إليه الملكية بالتسجيل وحل محل المؤجر حلولاً قانونياً. القضاء بعدم قبول دعوى الإخلاء للتأخير في سداد الأجرة المرفوعة من الأخير لرفعها قبل الحصول على حكم نهائي بتحديد شخص المنتفع رغم علم المستأجر بإنتقال الملكية إليه بالتسجيل. خطأ.

الأراضى الغير مزروعة والتى لا مالك لها. إعتبارها من أموال الدولة الخاصة. مؤداه. خضوعها لقواعد التقادم المكتسب حتى تاريخ العمل بالقانون ١٤٧ لسنة ١٩٥٧. علة ذلك لا أثر له على ما تم كسب ملكيته بالتقادم من أموال الدولة الخاصة قبل العمل به.

المقرر – في قضاء هذه المحكمة – أن المادة ٨٧٤ من القانون المدني تقضى بأن الأراضى الغير مزروعة التى لا مالك لها تعتبر ملكاً للدولة، وكانت هذه الأراضى تدخل في عداد الأموال الخاصة للدولة لا العامة لأنها ليست مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو مرسوم فإن تلك الأراضى كغيرها من أموال الدولة الخاصة كانت تخضع لقواعد التقادم المكتسب شأنها في ذلك شأن أموال الأفراد حتى تاريخ العمل بالقانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ الذى عدل المادة ٩٧٠ من القانون المدني القائم وأضاف حكماً جديداً يقضى بعدم جواز تملك الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو كسب أي حق عينى بالتقادم،وهذا القانون يعتبر منشئ لحكم مستحدث ولا أثر له على ما تم كسب ملكيته بالتقادم من أموال الدولة الخاصة قبل العمل به.

(الطعن ٢٨٠٩ لسنة ٥٩ق – جلسة ١٩٩٤/٤/١٣ س٤٥ ص٦٨٩)

٦- إستيلاء الحكومة على العقار جبراً دون إتخاذ الإجراءات القانونية لنزع الملكية. غصب أثره. بقاء العقار على ملك صاحبه. مؤداه. أحقيته في إسترداده. إستحالة ذلك. أثره. الحق في التعويض النقدي.

إستيلاء الحكومة على عقار مملوك لأحد الأفراد جبراً عن صاحبة دون إتخاذ إجراءات نزع الملكية للمنفعة العامة المنصوص عليها في القانون فإن ذلك يعتبر بمثابة غصب ويظل صاحبه محتفظاً بحق ملكيته رغم هذا الإستيلاء ويكون له الحق في إسترداد هذه الملكية وذلك ما لم يصبح رد هذا العقار إليه مستحيلاً فعندئذ يستعاض عنه بالتعويض النقدي تطبيقاً لقواعد المسئولية العامة التى تقضى بأن التنفيذ العينى هو الأصل، ولا يسار إلى عوضه – أي التعويض النقدي – إلا إذا إستحال التنفيذ العينى.

(الطعن ٣٧٢٥ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٧/١/٢٦ س٤٨ ص١٩٥)

* * *

obeikan.com

مادة (٨٧٥)

(١) تعيين الورثة وتحديد أنصابهم فى الإرث وانتقال أموال التركة إليهم تسرى فى شأنها أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة فى شأنها.

(٢) وتتبع فى تصفية التركة الأحكام الآتية:ـ

الأعمال التحضيرية:

١- إن الأراضى الداخلة فى زمام البلاد يخرج عن نطاق الأراضى غير أن الشريعة الإسلامية هى التى تحدد الورثة من أول الأمر، فإن لم يتفق هؤلاء الورثة على تطبيق قانون الملة طبقت الشريعة الإسلامية نهائياً. وقد قضى المشروع على هذا الخلاف، فإن الشريعة الإسلامية هى التى تطبق أولاً وأخيراً، ولذلك يعد هناك محل لتطبيق قانون الملة فى أى فرض من الفروض.

٢- وتطبق الشريعة الإسلامية فى كل أمر يتعلق بالميراث، فهى التى تعين الورثة، وتقسمهم إلى ذوى فروض وعصبات وذوى أرحام، وتجرى أحكام الحجب والعول والرد، وما إلى ذلك من أحكام الميراث، وتحدد نصيب كل وارث، وتبين كيف تنتقل ملكية هذا النصيب من المورث إلى الوارث. ومن هنا وجب تطبيق القاعدة التى تقضى بألا تركة إلا بعد سداد الدين، وهى القاعدة التى ينظمها المشروع تنظيماً عملياً فى النصوص التالية.

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني – الجزء ٦ – ص٢٠٥ و٢٠٦)

رأى الفقه:

١- أن القانون المدنى الجديد قد نص على أن الشريعة الإسلامية تطبق فى الميراث على جميع المصريين مسلمين، كما هو واضح من المذكرة الإيضاحية، بحيث لا يطبق بالنسبة لغير المسلمين قانون الملة ولو اتفقوا على تطبيقه، وأن الشريعة الإسلامية تطبق ليس فى تعيين الورثة وتحديد أنصبائهم فقط، بل فى انتقال ملكية التركة من المورث إلى الوارث أيضاً.

فقانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ – الذى اختيرت أحكامه من المذاهب الإسلامية المتخلفة – قد قرر فى أحكامه العامة أن سبب إستحقاق الإرث هو موت المورث أو إعتباره ميتاً بحكم القاضى فى حالة المفقود، ويجب تحقق حياة الوارث عند وفاة المورث أو عند الحكم بوفاته، فإذا مات إثنان ولم يعلم أيهما مات أولاً كما فى حالة الغرقى والهدمى والحرقى، فلا إستحقاق لأحدهما فى تركة الآخر.

ويستحق من التركة قبل إرث الورثة:

(١) ما يكفى لتجهيز الميت، ومن تلزمه نفقته.
(٢) ديون الميت.
(٣) ما أوصى به فى الحد الذى تنفذ فيه الوصية.

ويمنع من الإرث:

أ- قتل الوارث للمورث عمداً، إذا كان القتل بلا حق ولا عذر وكان القاتل بالغاً من العمر خمس عشرة سنة، ويعد من الأعذار تجاوز حد الدفاع الشرعى، كما يعتبر فى حكم القتل أن يشهد الوارث شهادة زور تؤدى إلى الحكم بإعدام المورث مع تنفيذ الحكم.

ب- اختلاف الدين والدار، فلا توارث بين مسلم وغير مسلم، ويتوارث غير المسلمين بعضهم من بعض، واختلاف الدارين لا يمنع من الإرث بين المسلمين، ولا بين غير المسلمين ما لم تمنع الدار الأجنبية توريث الأجنبى.

(الوسيط – ٩ – للدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري – المرجع السابق – ص)

من أحكام القضاء الحديثة:

١- أحكام تصفية التركات التى نظمها القانون المدنى فى المواد ٨٧٥ وما بعدها لا تعتبر من مسائل الأحوال الشخصية التى أوجب قانون المرافعات تدخل للنيابة فى القضايا المتعلقة بها، ذلك أن انتقال المال إلى الوارث تأسيساً على الميراث بوصفه سبباً من أسباب نقل الملك هو مسألة تتعلق بنظام الأموال، وقد أورد القانون المدنى أحكام تصفية التركات فى باب الحقوق العينية، ولا يغير من هذا النظر ما أوردته المواد ٩٣٩، ٩٤٠، ٩٤٧ وما بعدها من قانون المرافعات لتعلقه بالقوانين الأجنبية.

(نقض – جلسة ١٩٦٣/٥/١٦ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ١٤ – مدني ـ ص٦٧٧)

٢- أحكام الشريعة الإسلامية والتقنيات المستمدة منها تسرى على جميع المصريين مسلمين أو غير مسلمين فى شأن المواريث، وذلك على ما تقضى به المادة ٨٧٥ من القانون المدنى.

(نقض – جلسة ١٩٦٤/٤/١ – المرجع السابق – السنة ١٥ – ص٤٨٦)

٣- إذا كان الطاعن قد اختصم أشخاص الورثة جميعهم، وكان ما يطالبهم به من معجل الثمن الذى يزعم أنه دفعه والتعويض الذى قدره عن الضرر الذى لحق به ينقسم عليهم كل بقدر حصته التى آلت إليه من التركة، فإنه لا يكون من شأن الإستئناف المقبول ضد بعض الورثة أن يزيل البطلان الذى لحق الإستئناف بالنسبة للبعض الآخر.

(نقض – جلسة ١٩٧١/٦/١٧ – المرجع السابق – السنة ٢٢ – ص٧٦٤)

٤- القاعدة الشرعية التى تقضى بأن الوارث ينتصب خصماً عن باقى الورثة فى الدعاوى التى ترفع من التركة أو عليها قد تكون صحيحة ويمكن الأخذ بها، وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض، لو أن الوارث قد خاصم أو خوصم طالباً الحكم للتركة بكل حقها أو مطلوباً فى مواجهته الحكم على التركة نفسها بكل ما عليها.

(نقض – جلسة ١٩٧١/١٢/٢١ – المرجع السابق – ص١٠٧٩)

٥- التحايل الممنوع على أحكام الإرث، لتعلق الإرث بالنظام العام هو - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - ما كان متصلاً بقواعد التوريث وأحكامه المعتبرة شرعاً، كإعتبار شخص وارثاً وهو فى الحقيقة غير وارث، أو العكس، كذلك ما يتفرع عن هذا الأصل من التعامل فى التركات المستقبلة، كإيجاد ورثة قبل وفاة المورث غير من لهم حق الميراث شرعاً أو الزيادة أو النقص فى حصصهم الشرعية، ويترتب على هذا أن التصرفات المنجزة الصادرة من المورث فى حالة صحته لأحد ورثته أو لغيرهم تكون صحيحة، ولو كان يترتب عليها حرمان بعض الورثة أو التقليل من أنصبتهم فى الميراث.

(نقض - جلسة ١٩٧٢/٥/٢ - المرجع السابق - السنة ٢٣ - ص٧٩٠)

٦- التوريث لا يقوم إلا على ما يخلفه المورث وقت وفاته، أما ما يكون قد خرج من ماله حال حياته فلا حق للورثة فيه.

(نقض - جلسة ١٩٧٢/٥/٢ - المرجع السابق - ص٧٩٠)

٧- يتعين الرجوع إلى الشريعة الإسلامية بوجه عام، وإلى أرجح الآراء فى فقه الحنفية بوجه خاص بالنسبة إلى حقوق الورثة فى التركة المدنية، ومدى تأثرها بحقوق دائنى المورث. والتركة مستغرقة كانت أو غير مستغرقة، وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض، تشغل بمجرد الوفاة بحق عينى لدائنى المتوفى يخولهم تتبعها لاستيفاء ديونهم منها بالتقدم على سواهم ممن تصرف لهم الوارث أو من دائنيه.

(نقض - جلسة ١٩٧٦/٥/٢ - المرجع السابق - ص٨٤٢)

٨- التحايل الممنوع على أحكام الإرث لتعلق الإرث بالنظام العام هو، وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض، ما كان متصلاً بقواعد التوريث وأحكامه المعتبرة شرعاً، كإعتبار شخص وارثاً وهو فى الحقيقة غير وارث أو العكس، وكذلك ما يتفرع من هذا الأصل من التعامل فى التركات المستقبلة، كإيجاد ورثة قبل وفاة المورث غير من لهم حق الميراث شرعاً، أو الزيادة أو النقص فى حصصهم الشرعية، ويترتب على هذا التقليل من أنصبتهم فى الميراث، لأن التوريث لا يقوم إلا على ما يخلفه المورث وقت وفاته، أنما يكون قد خرج من ماله حال حياته فلا حق للورثة فيه.

(نقض - جلسة ١٩٧٣/١٢/١٨ - المرجع السابق - السنة ٢٤ - ص١٣٨٧)

٩- إجازة الوراث للتصرف الصادر من مورثة لا يعتد بها إلا إذا حصلت بعد وفاة المورث، ذلك لأن رصفة الوارث التى تخوله حقاً فى التركة لا تثبت له إلا بهذه الوفاة.

(نقض - جلسة ١٩٧٣/٤/١٠ - المرجع السابق - ص٥٧٧)

١٠- الشريعة الإسلامية هى الواجبة التطبيق فى مسائل مواريث المصريين غير المسلمين، ويجب الرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية فى تعيين الورثة وتحديد أنصبائهم فى الإرث وانتقال التركة إليهم وتحديد نصاب الشهادة.

(نقض - جلسة ١٩٧٤/١٢/١٨ -المرجع السابق - السنة ٢٥ - ص١٤٦٢)

١١- المورث يعتبر ممثلاً لورثته فى الدعاوى التى ترفع منه أو عليه، إلا أنه إذا أثبت الوارث عن مورثه أو تواطؤه أو إهماله الجسيم كان له أن يعترض على الحكم الذى صدر ضد المورث بطريق إعتراض الخارج عن الخصومة طالباً إعتباره من الغير بالنسبة إلى ذلك الحكم والتقرير بأنه ليس حجة عليه متى كانت له مصلحة قانونية، ويكفى لذلك أن تكون صفته كوارث متحققة وقت إقامة الإعتراض.

(نقض – جلسة ١٩٧٤/٣/٢٦ – المرجع السابق – ص٥٤٨)

١٢- شخصية الوارث، وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض، تعتبر مستقلة عن شخصية المورث وتتعلق ديون المورث بتركته لا بذمة ورثته، ولا يقال بأن إلتزامات المورث تنتقل إلى ذمة الوارث لمجرد وارثاً، إلا أصبح الوارث مسئولاً شخصياً عن إلتزامات المورث كنتيجة لاستفادته من التركة، وتبعاً لذلك لا يعتبر الوارث الذى خلصت له ملكية أعيان التركة أو جزء منها قبل وفاة مورثه مسئولاً عن إلتزامات هذا الأخير قبل من تعامل معه بشأنها ولم تنتقل إليه ملكيتها بعد، ويعتبر هذا الوارث شأنه شأن الغير فى هذا الخصوص.

(نقض – جلسة ١٩٧٤/١٠/١٥ – المرجع السابق – ص١١٣٥)

١٣- الولد يتبع أحد أبويه فى الإسلام، وهذه التبعية لا تنقطع إلا بالعقل والبلوغ، ولا يكفى سن التمييز، والأصل فى البلوغ ظهوره بأماراته المعهودة أو بتجاوز الخمس عشرة سنة هجرية.

الراجح فى مذهب الحنفية أن المسلم تبعاً لإسلام أحد أبويه لا يلزمه تجديد الإيمان بعد بلوغه لوقوعه فرضاً بإعتباره البقاء على أصل الفطرة أو ما هو أقرب إليها.

أحكام المواريث الأساسية تتعلق بالنظام العام، حصر الحكم للإرث فى إخوة المتوفاة لأب المسلمين دون ابنتها المسلمة تبعاً لها، خطأ فى القانون.

(نقض – جلسة ١٩٧٥/١/٢٩ – المرجع السابق – السنة ٢٦ – ص٢٨٤)

١٤- القضاء بتحديد أنصبة الورثة يخضع لأحكام الشريعة الإسلامية من جهة صحته وقوته وأثره القانونى، مخالفته نصاً فى القرآن أو السنة أو الإجماع، وأثره، وجوب إبطال الحكم وإهداره. عدم إكتسابه قوة الأمر المقضى إلا إذا إتصل به قضاء فى محل مجتهد فيه.

(نقض – جلسة ١٩٧٥/٦/٢٣ – المرجع السابق – ص١٢٤١)

١٥- مؤدى نص المادتين ٢/١٤ و ٢٥ من قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ أن الجدة الصحيحة وهى التى لا يتوسط بينها وبين الميت جد غير صحيح، ترث السدس فرضاً تنفرد به الواحدة ويشترط فيه الأكثر من واحدة، وأن الأب عند وجوده يحجب الجدة لأب دون الجدة لأب أخذاً بالقاعدة الشرعية بأن من أدلى إلى الميت بوارث يحجب عند وجود هذا الوارث. وأم الأب قد أدلت بالأب، ولكن أم الأم لم تدل به، ومأخذ هذا النص المذهب الحنفى، إذ كان ذلك، وكان يبين من الحكم المطعون فيه أن المطعون عليها جدة المتوفى لأمة التى توفيت قبله، فإنها ترث فى تركته ولا يحجبها عن ذلك وجود الطاعن بإعتباره أب المتوفى، وإذ إلتزم الحكم هذا

النظر وقضى بتوريث المطعون عليها للسدس فرضاً فى تركة المتوفى، فإنه يكون قد طبق القانون على وجهه الصحيح.

(**نقض – جلسة ١٩٧٥/١٢/٣ – المرجع السابق – ص١٥٤٤**)

١٦– الإتفاق الذى ينطوى على التصرف فى حق الإرث قبل إستحقاق الوارث إياه، وقوعه باطلاً بطلاناً مطلقاً لا تلحقه الإجازة، جواز إثبات التحايل على قواعد الميراث بكافة الطرق ولو كان الوارث طرفاً فى الإتفاق.

توقيع الوارث على عقد البيع الصادر من مورثه لا يحول دون طعنه على العقد بالصورية، علة ذلك أنه لا يكتسب صفة الوارث إلا بعد الوفاة، ولا يعتد بإجازة الوارث لتصرف مورثه إلا إذا حصلت بعد وفاة المورث.

(**نقض – جلسة – ١٩٧٥/١١/١١ – المرجع السابق – ص١٣٩٤**)

١٧– زواج المرتدة عن الإسلام بغير المسلم قبل ردتها أو بعدها، حرام لا ينفذ أصلاً ولا ينتج فراشاً ولا يثبت نسباً يولد حقاً فى الميراث.

(**نقض – جلسة ١٩٧٥/١٢/٢٤ – المرجع السابق – ص١٦٩٢**)

١٨– الطلاق البائن الصادر من المريض مرض الموت بغير رضا الزوجة، وفاة الزوج أثناء العدة، أثره، وقوع الطلاق وثبوت حق المطلقة فى الميراث بشرط أن تكون أهلاً لإرثه من وقت إبانتها إلى وقت الموت رغم أن المطلقة بأناً لا ترث لإنقطاع العصمة بمجرد الطلاق إستناداً إلى أنه لما أبانها حال مرضه اعتبر إحتياطياً فاراً وهارباً فيرد عليه قصده لها ويثبت لها الإرث.

(**نقض – جلسة ١٩٧٦/١/٧ – المرجع السابق – السنة ٢٧ – ص١٤٦**)

١٩– التركة لا تؤول بصفة نهائية للورثة إلا بعد أداء مصاريف تجهيز المورث وسداد ما عليه من ديون للعباد وما ينفذ وصاياه، ومن هنا كانت قاعدة (لا تركة إلا بعد سداد الدين)، ومؤداها أن تظل التركة منشغلى بمجرد الوفاة بحق عين تبقى لدائن المتوفى يخولهم تتبعها لاستيفاء ديونهم منها (مادة ٤ من قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣).

الديون المستحقة على التركة غير قابلة للإنقسام فى مواجهة الورثة، فيلتزم كل منهم بأدائها كاملة إلى الدائنين طالما قد آل إليه من التركة ما يكفى للسداد، فإن كان دون ذلك فلا يلزم إلا فى حدود ما آل إليه من التركة لأن الوارث لا يرث دين المورث وله الرجوع على باقى الورثة بما يخصهم فى الدين الذى وفاه كل بقدر نصيبه.

(**نقض – جلسة ١٩٧٧/٢/٢٣ – المرجع السابق – السنة ٢٨ – ص٥٤٨**)

٢٠– إقامة الدعوى من أحد الورثة ممثلاً للتركة، عدم وجود بيان هذه الصفة صراحة بالصحيفة مادامت واضحة من الوقائع والمستندات المطروحة. طلب الوارث فى الإستئناف الحكم له شخصياً بالمبلغ المطالب به ... طلب جديد ... عدم قبوله فى الإستئناف.

(**نقض – جلسة ١٩٧٧/٦/٨ – المرجع السابق – ص١٣٩٩**)

٢١- ضريبة الإيراد العام المربوطة على المورث، إلتزام الورثة بأدائها من مال التركة.

(**نقض – جلسة ١٩٧٨/٣/١٥ – المرجع السابق – السنة ٢٩ – ص٧٤٥**)

٢٢- إنتصاب الوارث خصماً عن باقي الورثة، شرطه أن يكون قد خاصم أو خوصم طالباً الحكم للتركة نفسها بكل حقها أو مطلوباً فى مواجهته الحكم على التركة نفسها بكل ما عليها.

إعتراض أحد الورثة على قائمة شروط البيع إستناداً إلى ملكيته هو وإخوته للأرض المنفذ عليها، عدم الإشارة إلى تمثيله للتركة أو استغراقهم لها يترتب عليه عدم إنتصابه خصماً عن باقي الورثة، والحكم الصادر برفض إعتراضه يكسب قوة الأمر المقضى قبل المعترض وحده دون باقي الورثة.

(**نقض – جلسة ١٩٧٨/٥/٣ – المرجع السابق – ص١١٦٢**)

٢٣- إستقلال شخصية الوارث عن شخصية المورث، إنفصال التركة عن أشخاص الورثة وأموالهم، تعلق إلتزامات المورث بتركته دون أن تنتقل إلى ذمة الوارث إلا فى حدود ما آل إليه.

(**نقض – جلسة ١٩٧٨/٦/١٩ – المرجع السابق – ص١٤٦٥**)

٢٤- شخصية الوارث، إستقلالها عن شخصية المورث، مسئولية الوارث عن ديون التركة انحصارها فيما آل إليه من ميراث، إلتزامه بتسليم ما باعه المورث لا يشمل ما يكون ضمن مشتراه المسجل.

(**نقض – جلسة ١٩٨٠/١٢/٢٣ – الطعن ٧٧٢ لسنة ٤٩**)

٢٥- أيلولة التركة نهائياً للورثة، شرطها، أداء مصاريف التجهيز وديون المورث وما ينفذ من وصاياه.

(**نقض – جلسة ١٩٥٣/٦/٢٨ – الطعن ٤٤ لسنة ٤٩ق أحوال شخصية**)

٢٦ – الحكم بعدم دستورية نص المادة ١/٢ من القرار بقانون رقم ٧١ لسنة ١٩٦٢ بشأن التركات الشاغرة فيما نصت عليه من إنقضاء كل حق يتعلق بالتركة ولو كان سببه الميراث بمضى خمسة عشر عاماً. قضاء الحكم الإبتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه برفض دعوى الطاعنة بالإفراج عن عقار النزاع وتسليمه لها لإنقضاء حقها وتملك المطعون ضده (بنك ناصر الإجتماعي) للعقار بالتقادم إستناداً لذلك النص.

(**الطعن رقم ٤٦٤١ لسنة ٦٢ق – جلسة ٢٠٠٥/٣/٢٨**)

* * *

تعيين مصف للتركة

مادة (٨٧٦)

إذا لم يعين المورث وصياً لتركته وطلب أحد ذوى الشأن تعيين مصف لها، عينت المحكمة، إذا رأت موجباً لذلك، من تجمع الورثة على إختياره. فإن لم تجمع الورثة على أحد تولى القاضى إختيار المصفى على أن يكون بقدر المستطاع من بين الورثة، وذلك بعد سماع أقوال هؤلاء.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٨٨٠ ليبى و ٨٣٧ سورى

الأعمال التحضيرية:

يراجع – لاحقاً – التعليق بالأعمال التحضيرية الواردة على نص المادة ٨٨٠ مدنى.

رأى الفقه:

١– إذا لم يكن المورث قد عين وصياً لتركته فللمحكمة الإبتدائية الكائن فى دائرتها آخر موطن للمورث، أن تعين مصف للتركة متى طلب منها أحد ذوى الشأن ذلك، وذوو الشأن هنا هم بوجه عام الورثة والموصى لهم والدائنون. وذلك متى رأت محلاً لتقرير أن تكون تصفية التركة تصفية جماعية. وهذه التصفية نظام إستثنائى وضع لتصفية التركات الكبيرة المثقلة بالديون، وللقاضى أن يرفض إخضاع التركة لهذا النظام الطويل الإجراءات الكثير النفقات إذا رأى أن التركة ليست فى حاجة إليه، إما لانعدام الديون أو للتفاهتهما أو لتفاهة التركة نفسها. والمحكمة تقدر، إذ قررت إجابة الشأن إلى طلب التصفية الجماعية، من يكون المصفى للتركة، إذ أى التى عينته، وهى غير ملزمة برأى أحد فى ذلك، إلا إذا أجمعت الورثة على إختيار شخص معين، سواء أكان وارثاً أو غير وارث. فعند ذلك تتقيد المحكمة بمن أجمعت الورثة على إختياره، ولا تستطيع العدول عنه إلى غيره ولو عارض فى إختياره الدائنون أو الموصى لهم. فإذا لم تجمع الورثة على إختيار أحد، عينت المحكمة بنفسها المصفى ويكون من الورثة بقدر الإمكان بعد أخذ رأيهم. ولا تتقيد المحكمة فى إختيار المصفى بأغلبية الورثة، فإذا اختارت الأغلبية شخصاً واختارت الأقلية آخر كان للمحكمة أن تعين من اختارته الأغلبية أو من اختارته الأقلية أو غيرها بحسب تقديرها.

والمصفى فى حكم الوكيل عن الورثة، وهو نائب عنهم نيابة قانونية، وتسرى عليه أحكام الوكالة، فيجوز له أن يرفض المهمة، وعندئذ تعين المحكمة مصفياً للتركة بدلاً منه.

(الوسيط – للسنهوري – المرجع السابق – الجزء٩ – ص١٣٣ وما بعدها)

٢- يبدو مما تنص عليه المادة ٨٧٦ مدنى أن إذا عين المورث مصفياً للتركة وجب على القاضى إقرار هذا التعيين ووجب أيضاً تسوية ديون التركة تسوية جماعية أما إذا لم يعين المورث مصفياً للتركة وطلب ذوو الشأن من القاضى أن يعين مصفياً لها فيتسع المجال أمام سلطة القاضى التقديرية، فله أن يعين مصفياً للتركة وله أن يرفض ذلك، وهو يرفض هذا الطلب عادة إذا كانت ديون التركة وأموالها لا تستوجب وجود مصف لتسويتها. فإذا طلب ذوو الشأن من القاضى تعيين مصف، ورأت المحكمة ذلك – إذ أن الأمر جوازى لها – حكمت بتعيين المصفى الذى يجمع عليه الورثة. وأما إذا لم يجمع الورثة على إختيار مصف محدد استرد القاضى سلطته التقديرية فى تعيين من يشاء على أن يكون بقدر المستطاع من بين الورثة حتى لا يفرد فى حقوق التركة.

(الحقوق العينية المدنية الأصلية – للدكتور محمد على عمران – المرجع السابق – ص٥٠ و٥١)

من أحكام القضاء الحديثة:

١- أحكام تصفية التركات التى نظمها القانون المدنى فى المواد ٨٧٥ وما بعدها لا تعتبر من مسائل الأحوال الشخصية التى أوجبت المادة ٩٩ مرافعات تدخل النيابة فى القضايا المتعلقة بها- ذلك أن انتقال المال إلى الوارث تأسيساً على الميراث بوصفه سبباً من أسباب نقل الملك هو مسألة تتعلق بنظام الأموال، وقد أورد القانون المدنى أحكام تصفية التركات فى باب الحقوق العينية، ونص فى الفقرة الثانية من المادة ٨٧٥ منه على اتباع أحكامه فيها وهى أحكام اختيارية لا تتناول الحقوق فى ذاتها بل تنظم الإجراءات التى يحصل بها الورثة والدائنون على حقوقهم فى التركات فى نطاق القاعدة الشرعية التى تقضى بأن لا تركة إلا بعد سداد الديون- ولا يغير من هذا النظر ما أوردته المواد ٩٣٩ و٩٤٠ و٩٤٧ وما بعدها من قانون المرافعات المضافة بالقانون ١٢٦ لسنة ١٩٥١ تحت عنوان "فى تصفية التركات" ضمن الكتاب الرابع الخاص بالإجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية، لأن هذه الأحكام إنما أريد بها كما تقول المذكرة الإيضاحية لهذا القانون مواجهة الأوضاع التى تستلزمها قواعد الإرث فى بعض القوانين الأجنبية.

(الطعن رقم ٣٩ ـ لسنة ٢٨ ق ـ تاريخ الجلسة ١٦ / ٠٥ / ١٩٦٣)

٢- إستحدث المشرع فى القانون المدنى القائم نظاما لتصفية التركة يكفل حماية مصلحة الورثة ومن يتعامل معهم كما يكفل مصلحة دائنى التركة، فإذا ما تقررت التصفية فإنها تكون جماعية فترتفع بذلك يد الدائنين والورثة عن التركة ويمتنع على الدائنين العاديين من وقت قيد الأمر الصادر بتعيين المصفى إتخاذ أى إجراءات فردية على أعيان التركة حتى تتم التصفية، وبهذا تتحق المساواة الفعلية بينهم كما هو الحال فى الإفلاس التجارى وتنتقل أموال التركة إلى الورثة خالية من الديون فيتحقق المبدأ القاضى بألا تركة إلا بعد سداد الديون على وجه عملى.

(الطعن رقم ٧ ـ لسنة ٣٥ ق ـ تاريخ الجلسة ٢٠ / ٠٣ / ١٩٦٩)

٣- إنه وإن كان مفاد نصوص المواد ٨٨٤ و ٨٩٩ و ٩٠٠ و ٩٠١ من القانون المدني أن الوارث لا يتصل أي حق له بأموال التركة ما دامت التصفية قائمة، إلا أن أوراق الطعن وقد خلت مما يدل على أن التركة خضعت لإجراءات التصفية المنصوص عليها في المادة ٨٧٦ وما بعدها من القانون، وإنما أقام مورث الطاعنين الإعتراض على قائمة شروط البيع بصفته حارسا قضائيا على التركة المذكورة، وهو ما يختلف عن التصفية، فلا محل لتطبيق أحكامها.

(الطعن رقم ٢٤٩ ـ لسنة ٣٦ ق ـ تاريخ الجلسة ١٥ / ١٢ / ١٩٧٠)

٤- إن المادة ٨٧٥ من القانون المدني تقضي بأن تعيين الورثة وتحديد أنصبائهم في الإرث وانتقال أموال التركة إليهم تسري في شأنها أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنها، ومفاد ذلك في ضوء حكم المادة الأولي من القانون المدني أن تطبق في تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الإرث وانتقال أموال التركة إليهم أحكام التشريعات التي صدرت في شأن الميراث، وأن تطبق أحكام الشريعة الإسلامية فيما لم يرد فيه نص في تلك التشريعات، وذلك بإعتبارها القانون العام في هذا الخصوص.

ومن حيث أنه بإستعراض أحكام القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ بإصدار قانون المواريث الذي جري العمل به في ١٢ من سبتمبر سنة ١٩٤٣ يبين من أنه قد نص في المادة الاولي منه علي أن "يعمل في المسائل والمنازعات المتعلقة بالمواريث بالأحكام المرافقة لهذا القانون" ونص في المادة الأولي من قانون المواريث علي أنه "يستحق الإرث بموت المورث أو بإعتباره ميتا بحكم القاضي" والمستفاد من هذه النصوص أن الميراث بإعتباره طريقا لكسب الملكية بسبب الوفاة إنما يكون بتحقق واقعة موت المورث – حقيقة أو حكما، ومقتضي ذلك ولازمه أن تنتقل أموال التركة إلي الوارث علي الفور بمجرد موت المورث سواء كانت التركة غير مدينة أو كانت مدينة وسواء كان الدين غير مستغرق لها أو كان مستغرقا، اذ أن الدين وإن كان مستغرقا للتركة لا يمنع انتقال ملكية أموالها إلي ورثة المدين طالما تحقق سبب انتقال هذه الملكية بموت المورث علي الوجه سالف البيان، ولا يغير من تلك القاعدة المعروفة في الفقه الإسلامي من أنه لا تركة إلا بعد سداد الديون، إذ أن هذه القاعدة إنما تعني فحسب وفقا للمشهور في الفقه – أن ديون التركة لا تنتقل إلي الورثة كما تنتقل حقوقها، وأن التركة لا تنتقل إلي الورثة إلا خالصة من الديون، ومؤدي ذلك أن تركة الميت تصبح هي المسئولة عن الوفاء بدينة وأن الدين علي هذا النحو يتعلق بمالية التركة لا بذوات أعيانها، إذ حق الدائن هو أن يستوفي الدين من مالية التركة لا من عين بالذات، وبهذه المثابة فإن أموال التركة وإن كانت بلا ريب تنتقل إلي الورثة بمجرد موت المورث، إلا أنها تنتقل إليهم مثقلة بحق عيني لدائني التركة يخول لهم تتبعها واستيفاء ديونهم فيها بالتقدم علي سواهم ممن تصرف له الوارث أو دائنين وذلك بمراعاة الأحكام التي رسمها الشارع لحماية حقوق دائني التركة في المواد ٨٧٦ وما بعدها من القانون المدني، وغني عن البيان أنه لما كانت أموال التركة تنتقل إلي الورثة بمجرد موت المورث فإنه يجوز للورثة منذ هذا الوقت أن يتصرفوا فيها

إذا ما شهروا حق إرثهم علي الوجه المبين في القانون بيد أن تصرفهم هذا يكون خاضعا لحقوق الدائنين وفقا لما سلف بيانه.

(الطعن رقم ٥٥٦ ـ لسنة ١٨ ق ـ تاريخ الجلسة ١٥ / ٠٢ / ١٩٧٧)

٥- ترتفع يد الدائنين والورثة عن التركة إذا ما تقررت التصفية ويمتنع على الدائنين العاديين من وقت قيد الأمر بتعيين المصفي إتخاذ أي إجراءات فردية على أعيان التركة حتى تتم التصفية وينوب المصفي عن التركة في الدعاوى التي ترفع منها أو عليها عملاً بالمادة ٨٨٥ من التقنين المدني إلا أن هذا لا يفقد الورثة أهليتهم ولا يحول تعيين المصفي من بقائهم معه خصوماً في الدعوى لمعاونته في الدفاع عن حقوق التركة ذلك أن المصفي ما هو إلا نائب عن الورثة نيابة قانونية خوله الشارع بمقتضاها تمثيلهم أمام القضاء وفحص وحصر وسداد ديون التركة التي يتولى إدارتها نيابة عنهم، وإذ كان الثابت أن الطاعن بصفته مصفياً للتركة قد اختصم في الدعويين للحكم بإلزامه مع الورثة بطلبات المطعون ضده فيها وأنه حمل لواء المنازعة في تلك الطلبات فإنه يكون قد اختصم اختصاماً صحيحاً يتفق مع صفة النيابة التي أسبغها عليه القانون عن التركة ويكون الحكم الصادر في هاتين الدعويين قد صار ضد التركة في مواجهة الطاعن بصفته الممثل القانوني لها.

(الطعن رقم ٣٦٤ ـ لسنة ٤٤ ق ـ تاريخ الجلسة ١٣ / ٠٢ / ١٩٧٨)

٦- مؤدى نص المادة ٨٧٦ من التقنين المدني والمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي أن الأصل في تصفية ديون التركة أن تكون بإجراءات فردية، أما تسوية هذه الديون عن طريق إجراءات جماعية- أي التصفية الجماعية للتركة- فهو أمر اختياري، بل هو أمر استثنائي لا يجوز اللجوء إليه إلا عند الضرورة، إذ هو نظام ينطوي على إجراءات طويلة ويقتضي تكاليف كبيرة، فلا يصح إذن أن يكون نظاماً إجبارياً تخضع له كل التركات، بل هو ليس بنظام اختياري- بمعنى أن يكون لذوي الشأن أن يطبقوه متى شاءوا- وإنما هو نظام وضع لتصفية التركات الكبيرة إذا أثقلتها الديون وتعقدت شئونها، فالإجراءات التي نظمها المشرع في هذا الصدد إنما تكفل- على ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية- إصلاح ما ينشأ عن اختلاف الورثة على تصفية التركة أو إهمالهم في ذلك من كبير ضرر، وقد ناط المشرع- بصريح نص المادة ٨٧٦ مدني- بالقاضي السلطة التامة في تقدير "الموجب" لإجابة طلب ذوي الشأن تعيين مصف للتركة، فالقاضي- وحده- هو الذي يقدر الاستجابة لطلب إخضاع التركة لنظام التصفية، وهو لا يستجيب لهذا الطلب إلا إذا وجد من ظروف التركة ما يبرر ذلك.

(الطعن رقم ٩٣٠ ـ لسنة ٤٨ ق ـ تاريخ الجلسة ٠٧ / ٠٣ / ١٩٨٢)

* * *

مادة (٨٧٧)

١ـ لمن عين مصفياً أن يرفض تولى هذه المهمة أو أن يتنحى عنها بعد توليها وذلك طبقاً لأحكام الوكالة.

٢ـ وللقاضى أيضاً، إذا طلب إليه أحد ذوى الشأن أو النيابة العامة أو دون طلب، عزل المصفى وإستبدال غيره به، متى وجدت أسباب تبرر ذلك.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية: مادة ٨٨١ ليبى و ٨٣٨ سورى.

الأعمال التحضيرية:

ينتظر – لاحقاً – التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد على نص المادة ٨٨٠ مدنى.

رأى الفقه:

١– وتنتهى مهمة المصفى – قبل إنتهاء التصفية – بالعزل طبقاً لنص المادة ٨٧٧ مدنى. والأسباب التى تبرر عزل المصفى متنوعة، فقد تكون عدم كفايته لإدارة التركة وتصفيتها، وقد تكون عدم أمانته، وقد تكون ما يبدو منه من إهمال وتقصير، وقد تكون غير ذلك من الأسباب. فمتى تجمعت لدى المحكمة أسباب جدية تبرر عزل المصفى عزلته. وقد يكون هذا العزل بناء على طلب أحد من ذوى الشأن كدائن أو وارث أو موصى له، أو بناء على طلب النيابة العامة، أو دون طلب من أحد فتعزل المحكمة المصفى من تلقاء نفسها.

وإذا إنتهت مهمة المصفى قبل إنتهاء التصفية، سواء أكان انتهائها بتنحى المصفى أو بموته أو بعزله، فعلى المحكمة أن تعين مصفياً آخر مكانه حتى يتم تصفية التركة التى بدأها المصفى السابق. فيكون تعيين المصفى الجديد إما بإختيار الورثة له بالإجمال، أو بإختيار المحكمة إياه إذا لم يكن هناك إجمال من الورثة.

(الوسيط – ٩ – للدكتور السنهوري – المرجع السابق – ص١٤٢ و١٤٣)

٢– والأسباب التى قد تبرر عزل المصفى ترجع عادة إما لعدم أمانته أو لإهماله فى تصفية التركة. وإذا ما تجمعت لدى المحكمة أسباب جدية تبرر عزل المصفى عزلته.

فإذا ما طلب المصفى تنحيته أو عزلته المحكمة وجب تعيين مصف جديد، إما أن يجمع الورثة على إختياره أو تعين المحكمة من تشاء إذا لم يكن هناك إجماع بين الورثة على أن يكون قدر المستطاع من أحد الورثة.

(الحقوق العينية الأصلية – للدكتور محمد علي عمران – المرجع السابق – ص٥٢)

من أحكام القضاء الحديثة:

١- دعوى العزل لا تمس نظام التصفية فى شئ، وإنما هـى متعلقـة بـشخص المصفى وما هو منسوب إليه، ولم يشترط القانون إدخال الدائنين فى دعـوى العـزل، ولو كان الحكم بتعيين المصفى قد صدر فى مواجهتهم، ذلك أن رأيهم غير ذى أثر فى نظر القاضى الذى يملك العزل من تلقاء نفسه، ومن باب أولى تلبية لرغبة وارث واحد قد يكون ملكاً لأقل الأنصبة.

(نقض – جلسة ١٩٦٣/٥/١٦ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ١٤ – ص٦٧٧)

* * *

obeikan.com

مادة (٨٧٨)

١- إذا عين المورث وصياً للتركة، وجب أن يقر القاضى هذا التعيين.
٢- ويسرى على وصى التركة ما يسرى على المصفى من أحكام.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية: مادة ٨٨٢ ليبى و ٨٣٩ سورى

الأعمال التحضيرية:

يراجع – لاحقاً – التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد على نص المادة ٨٨٠ مدنى.

رأى الفقه:

١- للمورث أن يعين وصياً، ويسرى على هذا الوصى ما يسرى على المصفى من أحكام (م ٢/٨٧٨ مدنى)، وإذا عين المورث وصياً للتركة، وجب على القاضى أن يقر هذا التعيين. فإذا لم يعين المورث وصياً للتركة وطلب ذوو الشأن تعيين مصف لها، ورأت المحكمة موجباً لذلك عينت المحكمة من يجمع الورثة على إختياره، وإلا عين القاضى مصف للتركة على أن يكون بقدر المستطاع من الورثة.

(الحقوق العينية الأصلية – للدكتور محمد علي عمران – المرجع السابق – ص٥٠ و٥١)

٢- للموصى – كما للمصفى – أن يرفض تولى المهمة أو أن يتنحى عنها بعد توليها، وله أن يطلب أجراً عادلاً على قيامه بمهمته. وعليه جميع واجبات المصفى من تسلم أموال التركة وإدارتها وإتخاذ جميع الإحتياطات المستعجلة بما فى ذلك تجهيز الميت والنفقة على من كان يعوله الميت من الورثة، وجرد التركة بما لها من حقوق وما عليها من ديون وتسوية ديون التركة وتسليم أموال التركة للورثة خالصة من الديون، وهى شائعة أو بعد تقسيمها. ويجوز للقاضى عزل وصى التركة وإستبدال غيره به متى وجدت أسباب تبرر ذلك، كما يجوز له ذلك بالنسبة للمصفى.

(الوسيط ٩ – للدكتور السنهوري – المرجع السابق – ص١٣١)

من أحكام القضاء الحديثة:

١- أحكام تصفية التركات التى نظمها القانون المدنى فى المواد ٨٧٥ وما بعدها – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – لا تعتبر من مسائل الأحوال الشخصية بل مسألة تتعلق بنظام الأموال وقد أوردها القانون المدنى فى باب الحقوق العينية ونص فى الفقرة الثانية من المادة ٨٧٥ منه على إتباع أحكامه فيها وهى أحكام اختيارية لا تتناول الحقوق فى ذاتها بل تنظم الإجراءات التى يحصل بها الورثة والدائنون على حقوقهم فى التركات ومن ثم فإن نطاق الدعوى يقتصر فحسب على تثبيت الوصية المختار من جانب الموصية على النحو الوارد بنص المادة ٨٧٨ من القانون سالف

الذكر فلا يعد هذا الطلب من مسائل الأحوال الشخصية التى تجرى عليها أحكام لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالمرسوم بقانون لسنة ١٩٣١، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وكيف الدعوى بأنها تتعلق بصحة ونفاذ وصية الموصية مما يعد من مسائل الأحوال الشخصية ورتب على ذلك إخضاع ميعاد استئناف الحكم الصادر فيها من محكمة أول درجة للمادة ٣٠٧من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التى تجعل ميعاد استئناف الحكم ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره وخلص إلى سقوط حق الطاعن بالاستئناف لرفعه بعد الميعاد فأنه يكون قد أخطأ فى القانون.

(**الطعن رقم ٢٧١ ـ لسنة ٥٩ ق ـ تاريخ الجلسة ٣١ / ١٠ / ١٩٩٣**)

* * *

obeikan.com

مادة (٨٧٩)

١- على كاتب المحكمة أن يقيد يوماً فيوماً الأوامر الصادرة بتعيين المصفين، وبتثبيت أوصياء التركة فى سجل عام تدون فيه أسماء المورثين بحسب الأوضاع المقررة للفهارس الأبجدية. ويجب أن ينشر فى هامش السجل كل أمر يصدر بالعزل وبكل ما يقع من تنازل.

٢- ويكون لقيد الأمر الصادر بتعيين المصفى من الأثر فى حق الغير الذى يتعامل مع الورثة فى شأن عقارات التركة ما للتأشير المنصوص عليه فى المادة ٩١٤.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية: مادة ٨٨٣ ليبى، ٨٤٠ سورى.

الأعمال التحضيرية:

يراجع – لاحقاً – التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد على نص المادة ٨٨٠ مدنى.

رأى الفقه:

١- وقيد الأمر الصادر بتعيين المصفى إذا اختارته المحكمة أو أجمعت عليه الورثة، وبتثبيت الوصى إذا عين المورث وصياً للتركة قبل موته، مسألة هامة إذ تترتب عليها نتائج خطرة. لذلك يجب أن يكون القيد فى نفس اليوم الذى يصدر فيه الأمر بالتعيين أو بالتثبيت. ويعد كاتب المحكمة سجلاً عاماً تقيد فيه أسماء المورثين بحسب الترتيب الأبجدى، فيسهل العثور على اسم المورث المطلوب عند البحث عنه. فإذا صدر أمر بتعيين مصف أو بتثبيت وصى للتركة، عمد كاتب المحكمة فى يوم صدور الأمر إلى قيد هذا الأمر. ويتضمن طبعاً اسم المصفى أو الوصى أمام اسم المورث. فيستطيع دائن التركة مثلاً، إذا علم أن مدينه قد مات، أن يعرف ما إذا كانت قد تقررت تصفية التركة تصفية جماعية وذلك بأن يبحث فى قلم كتاب المحكمة الإبتدائية التى يدخل فى دائرتها آخر موطن لهذا المدين، وفى السجل المعد لقيد الأوامر الصادرة بتعيين المصفين، وأمام اسم المدين (المورث) المدون فى السجل بحسب الترتيب الأبجدى، ما إذا كان قد صدر أمر بتعيين مصف للتركة، فإذا كان قد صدر هذا الأمر، فإنه لا محالة يعثر على اسم المورث مدوناً فى السجل، ويجد أمام هذا الإسم الأمر الصادر بتعيين المصفى مقيداً. ويجب أيضاً على كاتب المحكمة أن يؤشر فى هامش السجل بجانب كل أمر صادر بتعيين مصف للتركة، كل أمر يصدر بعزل هذا المصفى، أو ما يقع منه من تنازل أو تنج عن مهمته، ثم يقيد أمام اسم المورث دائماً الأمر الصادر بتعيين المصفى الجديد الذى حل محل المصفى السابق، وبذلك يتمكن كل من يطلع على هذا السجل أن يعلم بالنسبة لتركة معينة ما إذا كانت

هذه التركة قد تقررت تصفيتها تصفية جماعية ومن هو المصفى الذى عين للقيام بهذه التصفية، ومن عسى أن يكون قد حل محله إذا كان قد عزل أو إذا كان قد تنحى.

(الوسيط – ٩ – للدكتور السنهوري – المرجع السابق – ص١٣٤ و١٣٥ و١٣٦)

٢– مؤدى نص المادة ٨٧٩ مدنى أن على كاتب المحكمة من تلقاء نفسه أن يقيد يوماً فيوماً الأوأمر الصادرة بتعيين المصفين وتثبيتهم. ويكون القيد فى سجل عام تدون فيه أسماء المورثين وترتب ترتيباً أبجدياً. وإذا عزلت المحكمة المصفى وجب التأشير بذلك على هامش السجل الذى تم فيه القيد. ومتى قيد الأمر الصادر بتعيين المصفى، إمتنع على الورثة التصرف فى مال من أموال التركة بالبيع أو الرهن أو غير ذلك من التصرفات من جهة، ولا يجوز لأى من دائنى التركة أن يتخذ إجراء فردياً للمطالبة بحقه من جهة أخرى، بل وجب أن تسوى ديون التركة تسوية جماعية، وشأن التركة التى تسوى تسوية جماعية شأن أموال المفلس التى تغل يده عن التصرف فيها. ولا ضير على أحد من هذه الآثار التى تترتب على قيد الأمر الذى يصدر بتعيين مصف للتركة. فالأصل هو علم الورثة بذلك، ومن ثم فلن يفاجأوا به، ويستطيع أيضاً المتعاملون مع الورثة بعد بحثهم فى السجل الموجود بقلم كتاب المحكمة أن يعرفوا ما إذا كان قد صدر أمر بتعيين مصف للتركة التى يتعاملون مع الورثة فى مال من أموالها أم لم يصدر مثل هذا الأمر.

(الحقوق العينية الأصلية – للدكتور محمد علي عمران – المرجع السابق – ص٥١، ٥٢)

من أحكام القضاء الحديثة:

١– مفاد نص المادة ١/٨٧ من القانون المدني أن أيلولة العقارات إلى الوارث بمقتضى حق الإرث إنما تترتب على مجرد واقعة هي موت المورث وقيام سبب الإرث بالوارث دون أن يكون ذلك متوقفاً على شهره، والنص في المادة ١٣ من قانون تنظيم الشهر العقاري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ غير مقصود به – كما ورد في مذكرته الإيضاحية – الإخلال بالأحكام الواردة في القانون المدني التي تتناول انتقال الحقوق بالميراث.. فالتصرف الصادر من الوارث في حق عيني عقاري تلقاه بمقتضى حق الإرث تنطبق عليه الأحكام العامة المقررة لنوع هذا التصرف فإذا باع الوارث عقاراً تلقاه بالميراث فهو يلتزم بمجرد البيع بالإلتزامات الشخصية التي يلتزم بها البائع ومن بينها الإلتزام بنقل الملكية إلى المشتري وإتخاذ الإجراءات اللازمة لذلك ومن بينها شهر حق الإرث، ومفهوم المواد ٨٧٩/ ٢، ٨٩٧، ٩٠٠، ٩١٤ من القانون المدنى أن المشرع المصري قد غلب مذهب فقهاء الشرع الذي يقضي بأن أموال المورث تنتقل إلى الورثة بمجرد الوفاة سواء كانت التركة مستغرقة بالدين أو غير مستغرقة أما إلتزامات المورث فلا تنتقل إلى ذمة الوارث لمجرد كونه وارثاً إلا في حدود ما آل إليه من أموال التركة، وقانون تنظيم الشهر العقاري حماية لدائني التركة ضد تصرفات الورثة الضارة بحقوقهم نص في المادة ١٤ منه على أنه يجب التأشير بالمحررات المثبتة لدين من الديون العادية على المورث في هامش تسجيل الإشهارات أو الأحكام

أو السندات وقوائم الجرد المتعلقة بها ويحتج بهذا التأشير من تاريخ حصوله ومع ذلك إذا تم التأشير في خلال سنة من تاريخ التسجيل المشار إليه فللدائن أن يحتج بحقه على كل من تلقى من الوارث حقاً عينياً عقارياً وقام بشهره قبل هذا التأشير وتطبيقاً لهذا النص فإن لدائن المورث – والموصى له بعقار في التركة إذا لم يسجل يكون في مركز الدائن – إذا أشر بدينه في هامش تسجيل إشهارات الوراثة الشرعية أو الأحكام النهائية أو غيرها من المستندات المثبتة لحق الإرث في خلال سنة من تاريخ شهر حق الإرث أن يحتج عن كل من تلقى من الوارث حقاً عينياً وقام بشهره قبل هذا التأشير فإذا أهمل الوارث شهر حقه لم يلتزم دائن التركة بشهر دينه الذي يظل رغم خفائه عالقاً بأعيان التركة كما لو كانت مرهونة بها، على أنه بالنسبة للوصية فنظرا للمادة التاسعة من قانون تنظيم الشهر العقاري رقم ١١٤ لسنة ٤٦ قد أخضعها للشهر بتسجيل المحرر المثبت لها بحيث يترتب على عدم التسجيل أن الحقوق التي ترمي إلى إنشائها لا تنشأ لا بين طرفيها ولا بالنسبة للغير فإنه يجب تسجيلها قبل مضي سنة من تاريخ شهر حق الإرث حتى يكون للموصى له أن يحتج بها على من تلقى من الوارث حقاً عينياً على العقار الموصى به ولو كان المتصرف إليه قد شهر حقه قبل تسجيل الوصية.

(الطعن رقم ٩٣٩ ـ لسنة ٤٦ ق ـ تاريخ الجلسة ٢٤ / ٠٦ / ١٩٨١)

* * *

مـــادة (٨٨٠)

١ـ يتسلم المصفى أموال التركة بمجرد تعيينه، ويتولى تصفيتها برقابة المحكمة. وله أن يطلب منها أجراً عادلاً على قيامه بمهمته.

٢ـ ونفقات التصفية تتحملها التركة، ويكون لهذه النفقات حق إمتياز فى مرتبة إمتياز المصروفات القضائية.

النصوص العربية القابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المـــواد التاليـــة: مادة ٨٨٤ ليبى و ٨٤١ سورى

الأعمال التحضيرية:

١- أول إجراء يجب إتخاذه لتصفية التركة هو تعيين مصف لهـــا. وقـــد يكـــون المورث عين وصياً لتركته وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، فيقر القاضى هذا التعيـــين ويسرى على الوصى ما يسرى على المصفى فيما لا يتعـــارض مـــع إرادة المـــورث المشروعة. فإن لم يكن المورث قد عين وصياً للتركة، جاز لكل ذى شأن، مـــن وارث أو موصى له أو دائن أن يطلب من القاضى الجزئى الذى يقع فى دائرته آخر مـــوطن للمورث تعيين مصف، وللقاضى أن يعين المصفى إذا رأى موجباً لـــذلك. فـــإذا رؤى وجوب تعيين المصفى، وأجمعت الورثة على شخص يعين مصفياً، عينه القاضى، أما إذا لم تجمع الورثة على احد تولى القاضى إختيار المصفى بعد أن يسمع أقوال الورثة ويختاره من بينهم بقدر المستطاع.

٢- والمصفى وكيل عن الورثة، فله أن يرفض تولى المهمة، وله أن يتخلى عنها بعد قبولها، شأنه فى ذلك شأن كل وكيل، وكما أن القاضى هو الذى يعين المصفى فهو الذى يملك عزله أيضاً بناء على طلب أحد من ذوى الشأن أو دون طلب، ســـواء فـــى ذلك أن يكون المصفى قد عين بإجماع الورثة أو كان مختاراً من القاضى. وإذا عـــزل المصفى فللقاضى أن يستبدل به غيره بإجماع الورثة أو بإختياره هو حسب الأحـــوال. وللمصفى أن يطلب من القاضى تحديد أجر عادل يأخذه من مال التركة.

٣- ومتى عين المصفى على الوجه المتقدم، قيد كاتب المحكمة من تلقـــاء نفـــسه أمر تعيينه فى اليوم الذى صدر فيه هذا الأمر. ويكون التقييد فى سجل عام يرتب على حسب أسماء المورثين. ويقيد فى هامش السجل ما يصدر فى شأن المصفى من عـــزل أو تنازل. ولتقييد الأمر الصادر بتعيين المصفى أهمية كبيرة، فهو الذى يكفل إعلان أن التركة قد خضعت لإجراءات التصفية، وهو الذى يحدد الوقت الذى تصبح فيه التصفية جماعية فيمتنع إتخاذ أى إجراء فردى.

٤- ومهمة المصفى هى أن يتسلم أموال التركة ويتولى تصفيتها برقابة القاضـــى الجزئى. ونفقات التصفية تتحملها التركة، ولهذه النفقات إمتياز المـــصروفات القائمـــة فهى ممتازة فى المرتبة الأولى.

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني – الجزء ٦ – ص٢١٧ و٢١٨)

رأى الفقه:

١- يخلص من نص المادة ٨٨٠ مدنى أن المصفى يبدأ بتسلم أموال التركة بمجرد تعيينه – ليقوم بتصفيتها وسداد الديون برقابة المحكمة الإبتدائية التى عينته، وهى المحكمة التى يوجد فى دائرتها آخر موطن للمورث أى المحكمة المختصة بنظر مسائل التصفية ويتسلم المصفى أموال التركة ممن هى تحت يدهم من ورثة الميت وأقاربه وذويه وودعائه وغيرهم ممن يحوزون هذه الأموال كالمصارف والشركات، كما يتسلم أوراق الميت ومستنداته ليستعين بها على معرفة حقوقه وديونه.ويجوز للمصفى – ولو كان وارثاً – أن يطلب من المحكمة أن تحدد له أجراً عادلاً لتعويضه عما يتكلفه من جهد ووقت فى أعمال التصفية، وهذا الأجر يدخل ضمن نفقات التصفية ويكون حقاً ممتازاً مثلها.أما نفقات التصفية الأخرى فتشمل المصروفات القضائية التى أنفقت فى تعيين المصفى وقيد الأمر الصادر بتعيينه ومصروفات شهر حق الإرث، وما ينفق من مصروفات فى إتخاذ الإحتياطيات المستعجلة من وضع الأختام وإيداع النقود والأوراق المالية والأشياء ذات القيمة، وفى القيام بالوسائل التحفظية وما يلزم من أعمال الإدارة ومصروفات دعوة دائنى التركة ومدينيها إلى التقدم بما لهم من حقوق وما عليهم من ديون والإعلانات الخاصة بذلك، ومصروفات الجرد وتقدير أموال التركة بخبير أو بمن يكون له فى ذلك دراية خاصة، ومصروفات التقاضى الخاصة بالمنازعات فى صحة الجرد، ومصروفات وفاء ديون التركة وبيع منقولاتها وعقاراتها فى المزاد العلنى عند الإقتضاء، ومصروفات استيفاء حقوق التركة، ومصروفات تنفيذ الوصايا وغيرها من التكاليف، ومصروفات تسليم أموال التركة بعد سداد الديون إلى الورثة، وغير ذلك من المصروفات. ونفقات التصفية هذه جميعاً تتحملها التركة، وتكون حقاً ممتازاً وله مرتبة إمتياز المصروفات القضائية، أى المرتبة الأولى بين حقوق الإمتياز العامة. وهذا أمر ظاهر، فإن نفقات التصفية بعضها أقرب إلى أن يكون مصروفات قضائية، وبعضها هو مصروفات قضائية بالفعل.أما مصروفات قسمة أموال التركة، بعد سداد ديونها، بين الورثة، إذا طلب أحدهم ذلك، فهذه لا تدخل فى نفقات التصفية، لأن التصفية تتم بتسوية ديون التركة وصيرورة التركة خالية من الديون، فتصبح أموال التركة عندئذ ملكاً شائعاً بين الورثة، وتسرى على مصروفات قسمتها بينهم الأحكام التى تسرى على مصروفات القسمة بوجه عام.

(**الوسيط – ٩ – للدكتور السنهوري – المرجع السابق – ص١٤٣ و١٤٤ و١٤٥**)

٢- على المصفى أن يتسلم أموال التركة فور تعيينه، ويتولى تصفيتها تحت رقابة المحكمة. وله أن يطلب من المحكمة أجراً عادلاً على قيامه بمهمته (م ١/٨٨٠ مدنى)، فالمصفى هو الذى يقوم بتسوية ديون التركة. فيجب عليه تبعاً لذلك أن يتسلم أموال التركة كلها فور تعيينه، وهو الذى يقوم بتسوية ديونها. ويتسلم المصفى أموال التركة فور تعيينه، سواء قيد الأمر الصادر بتعيينه أو لم يكن قد قيد بعد. وللمصفى – ولو كان وصياً – أن يطالب بأجر عادل فى مقابل قيامه بهذا العمل. وتتحمل التركة بنفقات

التصفية. ويكون لهذه النفقات حق إمتياز فى مرتبة إمتياز المصروفات القضائية (م٢/٨٨٠ مدنى). أى أن مرتبة هذا الإمتياز تأتى فى الدرجة الأولى. وتكون مقدمة على سائر الديون الأخرى التالية فى المرتبة. وهذا حكم منطقى إذ أن نفقات التصفية إما أن تكون فى حقيقة الأمر مصروفات قضائية. ومن ذلك المصروفات القضائية التى ينفقها المصفى فى استيفاء ما للتركة، وإما أن تكون قريبة من المصروفات القضائية.

(**نقض – جلسة ١٩٨٠/٣/٢٦ – الطعن ٦٤٩ لسنة ٤٢ق لم ينشر بعد**)

من أحكام القضاء الحديثة:

١- أجر مصفى التركة، جواز طلبه من المحكمة الإبتدائية التى عينته (م ٨٨٠ مدنى). لا يمنع ذلك من إختصاص قاضى الأمور الوقتية بإصدار أمر على عريضة بتقدير أجره (م ٩٥٠، ٥ مرافعات).

* * *

obeikan.com

مادة (٨٨١)

على المحكمة أن تتخذ عند الإقتضاء جميع ما يجب من الإحتياطات المستعجلة للمحافظة على التركة، وذلك بناء على طلب أحد ذوى الشأن أو بناء على طلب النيابة العامة أو دون طلب ما. ولها بوجه خاص أن تأمر بوضع الأحكام وإيداع النقود والأوراق المالية والأشياء ذات القيمة.

النصوص العربية القابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية: مادة ٨٨٥ ليبى، و ٨٤٢ سورى.

الأعمال التحضيرية:

ينظر – لاحقاً – التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد على نص المادة ٨٨٢ مدنى.

رأى الفقه:

– يخلص من نص المادة ٨٨١ مدنى أن هناك إجراءاً إحتياطياً مستعجلاً يجب على المحكمة أن تبادر إلى الأمر به، وذلك عند نظرها فى تعيين المصفى، وقبل تعيينه إذا اقتضى الأمر. وذلك أن الغالب فى التركات التى تصفى تصفية جماعية أن تشتمل على أشياء ثمينة، كأثاث فاخر وجواهر ونقود وأوراق مالية من أسهم وسندات، ونحو ذلك من الأشياء ذات القيمة. فهذه تقتضى الحيطة التحفظ عليها حتى لا يتخطفها من يكون على مقربة منها ويستطيع الإستيلاء عليها خفية إضراراً بالورثة والدائنين. ومن أجل ذلك تصدر المحكمة – بناء على طلب أحد من ذوى الشأن كوارث أو دائن أو موصى له أو بناء على طلب النيابة العامة أو من تلقاء نفسه المحكمة – أمراً بوضع الأختام على الغرف والقاعات التى تحتوى على الأثاث الفاخر، وعلى الخزائن والدواليب التى تحتوى على الحلى والجواهر والنقود والأوراق المالية والملابس وما إلى ذلك وتأمر المحكمة أيضاً بإيداع النقود والأوراق المالية والأشياء الأخرى ذات القيمة كالحلى والجواهر فى أحد المصارف وذلك للمحافظة عليها لحساب التركة إلى أن تتم تصفيتها.

وتكون هذه الأشياء كلها تحت تصرف المصفى عند تعيينه بجردها ويقدر قيمتها ويدرجها فى القائمة، شأنها فى ذلك شأن سائر أموال التركة.

(الوسيط – ٩ – للدكتور السنهوري – المرجع السابق – ص١٤٥ و١٤٦ و١٤٧)

ومن أحكام القضاء الحديثة:

١– إن ما يجب إتخاذه من الإحتياطات المستعجلة للمحافظة على التركة إنما يصدر به الأمر من المحكمة المقدم لها طلب التصفية، وليس من قاضى الأمور الوقتية، وليس أقطع فى الدلالة من أن المشرع قد جعل سلطة إتخاذ الإحتياطات

المستعجلة منوطة بالمحكمة لا بقاضى الأمور الوقتية من أنه ناط بالمحكمة إتخاذ تلـك الإجراءات، ليس فقط بناء على طلب أحد ذوى الشأن أو النيابة العامة، بل إنه أيـضاً خول لها إتخاذ تلك الإحتياطات من تلقاء نفسها دون طلب ما، وهو أمـر لا يتـصور حصوله من قاضى الأمور الوقتية.

(نقض – جلسة ١٩٥٩/١٢/١٧ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ١٠ – مدنى ص٨٠٥)

* * *

obeikan.com

مادة (٨٨٢)

١- على المصفى أن يقوم فى الحال بالصرف من مال التركة لتسديد نفقات تجهيز الميت ونفقات مأتمه بما يناسب حالته وعليه أيضاً أن يستصدر أمراً من قاضى الأمور الوقتية بصرف نفقة كافية بالقدر المقبول من هذا المال إلى من كانوا المورث يعولهم من ورثته حتى تنتهى التصفية، على أن تخصم النفقة التى يستولى عليها كل وارث من نصيبه فى الإرث.

٢- كل منازعة تتعلق بهذه النفقة يفصل فيها قاضى الأمور الوقتية.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية: مادة ٨٨٦ ليبى و ٨٤٣ سورى

الأعمال التحضيرية:

١- هناك إجراءان وقتيان قبل التصفية، أحدهما يتخذه القاضى، والآخر يتخذه المصفى.

٢- فالقاضى يتخذ جميع ما يجب من الإحتياطات المستعجلة للمحافظة على التركة، بناء على طلب أحد من ذوى الشأن، أو بناء على طلب النيابة العامة أو من تلقاء نفسها، كأن يأمر بوضع الأختام وإيداع النقود والأوراق المالية والأشياء ذات القيمة فى جهة أمينة.

٣- ويصرف المصفى من مال التركة على تجهيز الميت، إن أدركه قبل الدفن، ويصرف أيضاً إلى من كان الميت يعولهم من الورثة نفقة مؤقتة بالقدر المقبول، حتى تنتهى التصفية، بعد أن يستصدر أمراً بذلك من قاضى الأمور المستعجلة. وتخصم هذه النفقة من نصيب الوارث. ويشترك فيمن تصرف له هذه النفقة المؤقتة أن يكون وارثاً، وأن يكون ممن يعوله المورث حال حياته. وكل منازعة فى هذا الشأن يفصل فيها قاضى الأمور المستعجلة لأهميتها وإستعجالها، حتى لا يترك من كان يعوله المورث من الورثة دون نفقة، وقد يكون فى أشد الحاجة إليها.

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني – جزء ٦ – ص٢٢٢)

رأى الفقه:

١- يجب على المصفى أن يسدد نفقات تجهيز الميت ونفقات مأتمه بما يناسب حالته لمن قام بهذه النفقات من ذوى الميت.

ويأتى بعد تسديد نفقات تجهيز الميت ونفقات مأتمه النفقة على من كان الميت يعوله من ورثته، ويدخل فى ذلك أصحاب الوصية الواجبة إذ يعتبرون من الورثة. وهذا أمر على جانب كبير من الإستعجال، إذ كثيراً ما يكون الميت يعول زوجته وأولاده وبعض أقاربه كأمه وأبيه وأخوته، وهؤلاء تنقطع عنهم موارد الرزق بموت عائلهم، إذا

صفيت تركته تصفية جماعية فرفعت يد الورثة عن أموال التركة حتى تتم التصفية، فيكونون فى أشد الحاجة إلى إسعاف عاجل إذا لم يكن لهم مورد من العيش بعد موت العائل. لذلك أوجب القانون على المصفى أن يبادر إلى إستصدار أمر من قاضى الأمور الوقتية بالمحكمة الإبتدائية المختصة بنظر التصفية، يقدر فيه القاضى مبلغاً معقولاً يكفى للنفقة عليهم مؤقتاً، ويأخذونه من أموال التركة حتى تتم تصفيتها ويتمكنوا من تسلم ما يخصهم منها. ويشترط فيمن تصرف له هذه النفقة المؤقتة أن يكون وارثاً، وأن يكون ممن يعولهم المورث حال حياته، فلا تصرف لمن كان الميت يعولهم من غير ورثته، إذ ليس لهؤلاء نصيب فى تركته، ولا لوارث لا يكون الميت يعوله حال حياته.

وينظر قاضى الأمور الوقتية منازعة الورثة أو الدائنين أو الموصى لهم فى أحقية من قدرت لهم النفقة أو فى مناسبتها لأنصبتهم فى الإرث، وبت فيها نهائياً.

ومتى قدرت النفقة على هذا النحو فإنها تخصم مما يستولى عليه كل وارث قدرت له النفقة من نصيبه فى الإرث.

(الوسيط – ٩ – للدكتور السنهوري – المرجع السابق – ص١٤٧ وما بعدها)

٢– الواجب الذى يفرضه القانون فى المادة ٨٨٢ مدنى على عاتق المصفى تستوجبه إعتبارات إنسانية. فيجب أولاً على المصفى أن يقوم فى الحال بالصرف من مال التركة لتسديد نفقات تجهيز الميت. وعليه أيضاً أن يستصدر من المحكمة أمراً بصرف نفقة كافية لكل من كان يعولهم المورث من ورثته. وهذا الأمر على جانب كبير من الإستعجال، إذ لا يعقل أن يظل ورثة المتوفى بغير نفقة إلى أن يتم تسوية ديون التركة وتصفيتها، ولا ضرر فى ذلك إذ أن القانون يوجب خصم ما يحصل عليه كل وارث من نفقة من نصيبه فى الميراث.

(الحقوق العينية الأصلية – للدكتور محمد علي عمران – المرجع السابق – ص٥٣ و٥٤)

من أحكام القضاء الحديثة:

١– لقاضى الأمور المستعجلة تقدير النفقة المؤقتة للوارث الذى كان يعوله المورث حتى تصفى ديون التركة وذلك سواء أكان الحجز الموقع من أحد دائنى التركة على أموالها الموجودة تحت يد الغير تحفظياً أو تنفيذياً، متى كان الدين المحجوز من أجله متنازعاً فيه ولم يفصل نهائياً فى هذا النزاع، وكان الثابت أن ليس للوارث مورد آخر يعين منه سوى المال المحجوز.

(نقض – جلسة ١٩٥١/٢٠ – مجموعة القواعد القانونية – ٢٥ عاماً – جزء٢ – مدنى – ص٨٩٨)

٢– إنكار الوراثة الذى يستدعى صدور حكم على خلاف الإعلام الشرعي وجوب صدوره من وارث حقيقي ضد آخر يدعى الوراثة. عدم إعتبار بنك ناصر الإجتماعي وارثاً بهذا المعنى.

المقرر في قضاء هذه المحكمة إن إنكار الوراثة الذى يستدعى صدور حكم على خلاف الإعلام الشرعي يجب أن يصدر من وارث حقيقي ضد آخر يدعى الوراثة

وبنك ناصر الإجتماعي لا يعتبر وارثاً بهذا المعنى وإنما تؤول إليه التركة على أنها من الضوائع التى لا يعرف لها مالك.

(الطعن ٥٩ لسنة ٥٩ق جلسة ١٩٩٠/٢/٢٧ س٤١ ص٦١٥)

٣- الحكم الصادر ضد المورث. حجة على الوارث. شرطها أن يكون الحق الذى يدعيه قد تلقاه من المورث.

للحكم الصادر ضد المورث حجية الأمر المقضى قبل الوارث إذا إستند في الحق الذى يدعيه إلى تلقيه عن هذا المورث.

(الطعن ١٣٢٣ لسنة ٥٩ق جلسة ١٩٩٤/٣/٣٠ س٤٥ ص٥٨٤)

٤- أحكام الإرث وتعيين أنصبة الورثة من النظام العام. التحايل على مخالفتها وما يتفرع عنها من التعامل في التركات المستقبلة. باطل بطلاناً مطلقاً. أثره. الأصل عدم جواز التصرف الناشئ عن هذا التحايل. الإستثناء. صحة الوصية للوارث وغير الوارث في حدود ثلث التركة من غير إجازة الورثة رغم أن الوصية تعامل من المورث في تركته المستقبلة. م١، ٣٧ق ٧١ لسنة ١٩٤٦.

وإن كانت أحكام الإرث وتعيين نصيب كل وارث في التركة من النظام العام وكل تحايل على مخالفة هذه الأحكام وما يتفرع عنها من التعامل في التركات المستقبلة باطل بطلاناً مطلقاً بما يتنافى مع إمكان إجازة التصرف الذى ينشأ عنه هذا التحايل إلا أنه إذا كان التصرف وصية فإن المادة الأولى من قانون الوصية الصادر برقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ وقد إعتبرتها تصرفاً في التركة مضافاً إلى ما بعد الموت فإنها تعد بذلك تعاملاً من الموصى في تركته المستقبلة بإرادته المنفردة. وقد أجبرت إستثناء بموجب أحكام الشريعة الإسلامية من المبدأ القاضى ببطلان التعامل في التركة المستقبله - وهي تصح طبقاً للقانون المشار إليه للوارث وغير الوارث وتنفذ من غير إجازة الورثة إذا كانت في حدود الثلث وذلك عملاً بالمادة ٣٧ من قانون الوصية المشار إليه.

(الطعنان ٦٣٤، ٦٣٧ لسنة ٦١ق جلسة ١٩٩٥/٧/٦ س٤٦ ص٩٥٢)

٥- أحكام المواريث. تعلقها بالنظام العام. أثره. لذوى الشأن إثارة ما قد يخالف هذه الأحكام سواء أكان ذلك في صورة دعوى مبتدأه أو في صورة دفع.

إذ كانت أحكام المواريث تستند إلى نصوص شرعية قطعية الثبوت والدلالة وبينها القرآن الكريم بياناً محكماً وقد إستمد منها قانون المواريث أحكامه، فإنها تعتبر بذلك متعلقة بالنظام العام لصلتها الوثيقة بالدعائم القانونية والإجتماعية المستقرة في ضمير المجتمع بما يمتنع معه التحايل عليها أو تبديلها مهما إختلف الزمان والمكان ومن ثم يكون لذوى الشأن إثارة ما قد يخالف هذه الأحكام سواء أكان ذلك في صورة دعوى مبتدأه أو في صورة دفع.

(الطعنان رقما ٣٦ لسنة ٦١ق، ١٥٤ لسنة ٦٣ق جلسة ١٩٩٥/١٢/٢٥) س٤١ ص١٠٣٧)

٦- التركة. إنفصالها شرعاً عن أشخاص الورثة وأموالهم. بمجرد الوفاه بديون وإلتزامات المتوفى. مؤداه. إستيفاء ديونهم منها تحت يد الورثة أو خلفائهم. إن كانت التركة منفصلة شرعاً من أشخاص الورثة وأموالهم الخاصة إلا أنها أي التركة تنشغل

بمجرد والوفاة بديون وإلتزامات المتوفى بما يخول الدائنين إستيفاء ديونهم منها تحت يد الورثة أو خلفائهم.

(الطعن ٥٥٧ لسنة ٥٩ق – جلسة ١٩٩٦/٧/٤ س٤٧ ص١٠٨١)

٧- حلول الورثة محل مورثتهم في مطالبة الطاعن بالتعويض. خلو الأوراق من تعديل كل منهم لطلبة في الدعوى إلى طلب التعويض لنفسة مقوماً بحسب الفريضة الشرعية. إعتباره بهذه المثابة طلباً وارد على ما إستحق لمورثتهم من تعويض مقوم جملة واحدة إنتقل إليهم بالميراث بعد وفاتها. الفصل فيها لا يحتمل إلا حلاً واحداً. خلو صحيفة الطعن بالنقض من إختصام أحد الورثة المحكوم لهم. أثره. بطلان الطعن.

حلول المطعون ضدهم ومن تدعى..... الغير مختصمة في الطعن – محل مورثتهم في مطالبة الطاعن بالتعويض عما أصابها من أضرار مادية وأدبية لحقتها من جراء تعديه عليها بالضرب – وخلت الأوراق من تعديل كل منهم لطلبه في الدعوى إلى طلب التعويض لنفسه مقوماً بحسب الفريضة الشرعية – ومن ثم فإن موضوع دعواهم بهذه المثابة يكون وارداً على ما إستحق لمورثتهم من تعويض مقوم جملة واحدة إنتقل اليهم بالميراث بعد وفاتها ويعد بالتالي عنصراً من عناصر تركتها ومن ثم فإن الفصل في موضوعها لا يحتمل إلا حلاً واحداً بعينه مما لازمه أن يكون الحكم واحداً بالنسبة لهم ومن ثم يكون الموضوع غير قابل للتجزئة، وإذ خلت صحيفة الطعن من إختصام من تدعى..... أحد المحكوم لهم في الحكم المطعون فيه فإن الطعن يكون باطلاً ومن ثم غير مقبول.

(الطعن ٣٢٤٧ لسنة ٦١ق جلسة ١٩٩٦/١٢/١٤ س٤٧ ص١٥٣٤)

٨- إنفصال التركة عن أشخاص الورثة وأموالهم الخاصة شخصية الوارث. إستقلالها عن شخصية المورث. مؤداه. للدائنين عليها حق عينى فيتقاضون ديونهم منها قبل أن يؤول شئ منها للورثة. ديون المورث. تعلقها بتركته. عدم إنتقالها إلى ذمة الوارث إلا في حدود ما آل إليه من أموال التركة.

المقرر – في قضاء هذه المحكمة – أن التركة منفصلة عن أشخاص الورثة وأموالهم الخاصة، وأن شخصية الوارث مستقلة عن شخصية المورث ومن ثم فإن ديون المورث تتعلق بتركته بمجرد الوفاة، ويكون للدائنين عليها حق عينى فيتقاضون منها ديونهم قبل أن يؤول شئ منها للورثة ولا تنشغل بها ذمة ورثته فلا تنتقل إلتزامات المورث إلى ذمة الوارث لمجرد كون وارثاً إلا في حدود ما آل إليه من أموال التركة.

(الطعن ٨٧٠٤ لسنة ٦٣ق – جلسة ١٩٩٧/١٠/٢٦ س٤٨ ص١١٤٧)

* * *

جرد التركة

مادة (٨٨٣)

١ـ لا يجوز من وقت قيد الأمر الصادر بتعيين المصفى أن يتخذ الدائنون أى إجراء على التركة، كما لا يجوز لهم أن يستمروا فى أى إجراء اتخذوه إلا فى مواجهة المصفى.

٢ـ وكل توزيع فتح ضد المورث ولم تقفل قائمته النهائية، يجب وقفه حتى تتم تسوية جميع ديون التركة متى طلب ذلك أحد ذوى الشأن.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية: مادة ٨٨٧ ليبى و ٨٤٤ سورى.

الأعمال التحضيرية:

يراجع – لا حقاً – التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد على نص المادة ٨٤٤ مدنى.

رأى الفقه:

١– كل إجراء فردى يتخذه أحد دائنى التركة على أموالها بعد قيد الأمر الصادر بتعيين المصفى يكون باطلاً، إذ يجب بعد قيد هذا الأمر، أن تكون إجراءات الدائنين جماعية وفى مواجهة المصفى. والمصفى هو الذى يفحص الديون التى لهم، ويحصرها، ويقوم بسدادها. فإذا كان التركة موسرة تقاضى كل دائن حقه كاملاً، وإذا كانت معسرة تقاضى كل دائن من أموال التركة بنسبة الحق الذى له، وبذلك تتحقق المساواة الفعلية ما بين الدائنين، وهذه هى فائدة التصفية الجماعية للتركة بالنسبة إلى الدائنين. وغنى عن البيان أنه إذا كان لدائن منهم حق التقدم قانوناً كأن كان دائناً مرتهناً أو له حق إمتياز، استوفى حقه من المال محل الضمان متقدماً على سائر الدائنين. ويلاحظ فى هذا الصدد أنه لا يجوز لأى من دائنى التركة، بعد موت المدين، أن يأخذ حق إختصاص على عقار فى التركة، ذلك أنه بموت المدين يتحدد مركز دائنيه بعضهم بالنسبة إلى بعض حتى تتحقق المساواة فيما بينهم. فلا يتفاضلون بعضهم على بعض إلا بسبب كان موجوداً قبل موت المدين، كرهن أو إمتياز أو إختصاص أخذ فى حياة المدين. وإذا اتخذ أحد دائنى التركة إجراء فردياً على مال المدين قبل موته، بأن حجز مثلاً على ماله، فيموت المدين وقيد الأمر الصادر بتعيين المصفى يجب وقف هذا الإجراء الفردى، ولا يجوز للدائن أن يستمر فيه إلا فى مواجهة المصفى، وبذلك ينقلب إلى إجراء جماعى، ويتحاص الدائن مع سائر دائنى التركة أموال المدين إلا إذا كان له حق التقدم بسبب موجود قبل موت المدين. ولكن إذا كان الدائن قد وصل فى الإجراء الفردى الذى اتخذه على مال المدين حال حياته إلى حد بيع هذا المال وفتح باب التوزيع فيه وإقفال قائمة التوزيع النهائية، فعند ذلك يكون

الدائن قد وصل فى الإجراء الفردى الذى اتخذه على مال المدين حال حياته إلى حد بيع هذا المال وفتح باب التوزيع فيه وإقفال قائمة التوزيع النهائية، فعند ذلك يكون الدائن قد وصل فى الإجراء الفردى إلى نهايته، ولم يعد هناك بد من تنفيذ قائمة التوزيع النهائية كما هى وحصول كل دائن على ما خصص له فى هذه القائمة. أما إذا كانت قائمة التوزيع النهائية لم تقفل قبل قيد الأمر بتعيين المصفى، فإنه يجب وقفها على بناء على طلب المصفى أو بناء على طلب أى من ذوى الشأن كوارث أو دائن، وذلك حتى يتم حصر ديون التركة جميعاً فتضم التوزيعات بعضها إلى بعض، وتسوى الديون جملة واحدة.

(الوسيط – ٩ – للدكتور السنهوري – المرجع السابق – ص١٣٩ و١٤٠)

من أحكام القضاء الحديثة:

١ – إنه وإن كان القانون قد أوجب رفع المنازعة في صحة الجرد في ميعاد ثلاثين يوما، إلا أنه جعل انفتاح هذا الميعاد رهنا بقيام المصفى بإخطار المنازع بإيداع القائمة محل المنازعة، أما ذوو الشأن الذين لم يخطروا بإيداع القائمة فلا يتقيدون بداهة بهذا الميعاد لتوقف الالتزام به على حصول الإخطار بإيداع القائمة، ومن ثم فإن لهؤلاء أن يرفعوا منازعتهم في صحة الجرد إلى المحكمة في أي وقت إلى ما قبل تمام التصفية، ونص المادة ٨٩٧ من القانون المدني من العموم بحيث يشمل جميع الدائنين العاديين الذين لم ينازعوا في قائمة الجرد قبل تمام التصفية ولا يدع مجالا لاستثناء من لم يخطر منهم بإيداع تلك القائمة، هذا إلى أن استثناء هؤلاء يترتب عليه إهدار الصفة الجماعية للتصفية وتفويت ما هدفه المشرع منها من تحقيق المساواة بين الدائنين العاديين وتأمين الغير الذي يتعامل مع الورثة في أموال التركة بعد تمام التصفية من ظهور دائن للتركة ينازعه.

(الطعن رقم ٧ ـ لسنة ٣٥ ق ـ تاريخ الجلسة ٢٠ / ٠٣ / ١٩٦٩)

* * *

مادة (٨٨٤)

لا يجوز للوارث قبل أن تسلم إليه شهادة التوريث المنصوص عليها فى المادة ٩٠١ أن يتصرف فى مال التركة، كما لا يجوز له أن يستوفى ما للتركة من ديون أو أن يجعل ديناً عليه قصاصاً بدين التركة.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية: مادة ٨٨٨ ليبى و ٨٤٥ سورى.

الأعمال التحضيرية:

١- من وقت تقييد الأمر بتعيين المصفى تبدأ الصفة الجماعية للتصفية كما تقدم. وهذه الصفة لها أثرها بالنسبة لدائنى التركة وبالنسبة للورثة.

٢- أما دائنو التركة فلا يستطيعون إتخاذ أية إجراءات ضد أحد الورثة أو ضد الورثة جميعاً. بل يجب أن توجه الإجراءات إلى المصفى بإعتباره وكيلاً عن الورثة. وكل توزيع فتح ضد المورث حال حياته، ولم تقفل قائمته النهائية، يوقف بناء على طلب أحد ذوى الشأن، حتى يتم حصر ديون التركة جميعاً وتضم التوزيعات بعضها إلى بعض وتسوى الديون جملة واحدة. ومن أهم ما يترتب على وقف الإجراءات الفردية من الآثار، حرمان الدائنين من أخذ حقوق إختصاص على العقارات الموجودة فى التركة حتى لا يتميز أحدهم على الآخرين دون مبرر، ويلاحظ فى هذا الصدد أن حق الإختصاص، بعد أن حرم فى حالتى الإعسار (م ١٥٢٥ من المشروع) والموت (م ١٣١٥ من المشروع) فأصبح لا يجوز أخذه إلا فى حياة المدين الموسر، لم يعد يترتب عليه ضرر، وبقيت فائدته الرئيسية من أن الدائن يطمئن إلى ضمان حقه فى المستقبل إذ المدين حى ويجوز أن يتصرف فى ماله. أما بعد الموت فلا محل لأخذ حق الإختصاص، إذ لا يخلو الأمر من أن تكون التركة معسرة فلا معنى لتقديم المدين على آخر، أو موسرة فلا فائدة من أخذ الإختصاص بعد أن إمتنع تصرف المدين فى ماله بعد موته.

٣- أما الورثة فلا يجوز لأحد منهم أن يتصرف فى مال التركة قبل أن تسلم إليه شهادة التوريث، أى بعد تصفية الديون. وهذه المسألة الأساسية فى إجراءات التصفية هى التى تحقق المبدأ للقاضى بألا تركة إلا بعد سداد الدين تحقيقاً عملياً. وكما يمنع الوارث من التصرف، يمنع كذلك من استيفاء ما للتركة من ديون بطريق مباشر أو بطريق غير مباشر، كأن يجعل ديناً عليه قصاصاً بدين للتركة، لأن المصفى هو وحده الذى تصبح له صفة القبض فى حقوق التركة حتى يتمكن من تسوية ديونها، ولأن قبض الوارث لحق فى التركة يشبه أن يكون تصرفاً فى هذا الحق.

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني – الجزء ٦ ص٢٢٧ و٢٢٨)

رأى الفقه:

١- من وقت قيد الأمر الصادر بتعيين المصفى تبدأ الصفة الجماعية للتصفية، وهذه الصفة لها أثرها بالنسبة إلى الورثة، وبالنسبة إلى دائنى التركة. فبالنسبة إلى الورثة تغل أيديهم عن التصرف فى أموال التركة بالبيع أو الرهن أو غير ذلك من التصرفات، وعن قبض الديون التى للتركة، وعن إجراء المقاصة فى دين عليه بدين للتركة على دائنه، وذلك لأن التصفية الجماعية تكون قد بدأت بقيد الأمر الصادر بتعيين المصفى. وشأن التركة التى تصفى تصفية جماعية هو شأن أموال المفلس التى تصفى تصفية جماعية، وشأن المصفى هو شأن سندبك التفليسة. وكما تغل يد المفلس عن التصرف فى أمواله كذلك تغل يد الورثة عن التصرف فى أموال التركة، وكما يكون للسندبك وحده حق التصرف فى أموال المفلس كذلك يكون للمصفى وحده حق التصرف فى أموال التركة. ولا ضير فى ذلك على الورثة فقد علموا بتعيين المصفى، وقد يكونون هم الذين اختاروه، ولا على من قد يعامل مع الورثة فهؤلاء يستطيعون قبل التعامل أن يبحثوا فى سجلات المحكمة الإبتدائية فيعثروا على الأمر الصادر بتعيين المصفى مقيداً فيعلموا أن الورثة لا يحق لهم التعامل فى أموال التركة، ولا على المدينين للتركة، فهؤلاء قبل أن يوفوا ديونهم للورثة بطريق مباشر، أو يوفوها بطريق غير مباشر بأن يجعلوها قصاص فى حق لهم على الورثة، يستطيعون هم أيضاً أن يعثروا فى سجلات المحكمة الإبتدائية على الأمر الصادر بتعيين المصفى، فيعملوا أن الوفاء بالديون يجب أن يكون للمصفى دون الورثة. ويحسن بمصفى التركة أن يبادر منذ تعيينه إلى تسجيل شهادة الإرث فى مكاتب الشهر التى تقع فى دوائرها عقارات التركة، وبذلك يستحث دائنى التركة أن يؤشروا بحقوقهم على هامش هذا التسجيل، فيتمكن من معرفة الديون العادية التى على التركة مما يساعده على تسوية هذه الديون وبذلك أيضاً يكون أمام من يتعامل مع الورثة طريقان لمعرفة الخطر الذى يتهددهم إذا أقدموا على هذا التعامل: طريق قيد الأمر بتعيين المصفى فى سجلات المحكمة عن وطريق تأشير دائنى التركة بحقوقهم على هامش تسجيل حق الإرث فى مكاتب الشهر العقارى.

(الوسيط – ٩ – للدكتور السنهوري – المرجع السابق ص١٣٦ وما بعدها)

من أحكام القضاء الحديثة:

١- مفاد نصوص المواد ٨٨٤، ٨٩٩، ٩٠١ من القانون المدنى أن الوارث لا يتصل أى حق له بأموال التركة، مادامت التصفية قائمة.

(نقض – جلسة ١٩٥٦/٣/٨ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٧ – مدنى – ص٢٩٦)

* * *

مادة (٨٨٥)

١- على المصفى فى أثناء التصفية أن يتخذ ما تتطلبه أموال التركة من الوسائل التحفظية، وأن يقوم بما يلزم من أعمال الإدارة، وعليه أيضاً أن ينوب عن التركة فى الدعاوى وأن يستوفى مالها من ديون قد حلت.

٢- ويكون المصفى، ولو لم يكن مأجوراً، مسئولاً مسئولية الوكيل المأجور. وللقاضى أن يطالبه بتقديم حساب عن إدارته فى مواعيد دورية.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية: مادة ٨٨٩ ليبى و ٨٤٦ سورى.

الأعمال التحضيرية:

تقتضى التصفية من جانب المصفى أن يقوم بإدارة التركة مؤقتاً حتى تتم تصفيتها فيتخذ ما تتطلبه أموال التركة من الوسائل التحفظية، كقيد رهن أو تجديد قيد أو إيقاع حجز تحفظى أو قطع تقادم. ويقوم بما يلزم من أعمال الإدارة كقبض الغلة وجنى المحصول وبيعه والإيجار لمدد قصيرة وتجديد الإيجار، وهو الذى يستوفى ما للتركة من ديون كما تقدم، وينوب عن التركة فى الدعاوى التى ترفع منها أو عليها. وهو فى هذا مسئول مسئولية الوكيل المأجور، أى ملتزم ببذل عناية الرجل العادى حتى لو لم يكن مأجوراً بالفعل، بأن كان لم يطلب من القاضى تقدير أجر له، ويعمل برقابة القاضى، ولهذا أن يطالبه بتقديم حساب عن إدارته فى مواعيد دورية يحددها.

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني – جزء ٦ – ص٢٣٠)

رأى الفقه:

١- يعرض نص المادة ٨٨٥ مدنى لما يلى الإجراءات الأولية من أعمال إدارة التركة، ذلك أن المصفى، فى أثناء تصفيته للتركة بل وقبل أن يبدأ التصفية، يجد تحت يده أموال التركة، وهذه فى حاجة إلى الإدارة إلى أن تتم التصفية وتسلم الأحوال للورثة فيتعين عليه أن يقوم بهذه الإدارة.

وأول ما يعرض له من ذلك هو ما يجب إتخاذه من الوسائل التحفظية، فإذا كان للتركة دين فى ذمة للغير مثلاً وكان مضموناً برهن رسمى ولم يكن الرهن قد قيد، وجب على المصفى أن يقيد الرهن. وإذا كان الرهن قد قيد وحان ميعاد تجديده وجب عليه أن يجدد القيد. وإذا كان للتركة مال تحت يد الغير وقد وضع الغير يده على المالك كمالك وقد سرت مدة التقادم المكسب، وجب على المصفى أن يقطع التقادم أولاً، ثم يطالب بإستحقاق المال. وإذا كان للتركة دين فى ذمة الغير وليس للمدين مال ظاهر ولكن له دين فى ذمة شخص ثالث، كان على المصفى أن يوقع حجزاً ما للمدين الغير تحت يد مدين للمدين. وإذا كان للتركة أجرة متأخرة في ذمة مستأجر كان

علىالمصفى أن يوقع تحفظياً على المنقولات الموجودة فى العين المؤجرة. وهذا يكون على المصفى أن يقوم بجميع الإجراءات التحفظية الواجب إتخاذها، للمحافظة على أموال التركة من الضياع.

ثم تأتى بعد ذلك أعمال الإدارة المألوفة، كان يقبض غلة أموال التركة وأن يجنى محصول الأرض وأن يبيع المحصول وأن يؤجر أعيان التركة لمدد قصيرة وأن يجدد الإيجار إذا اقتضى الأمر ذلك، فهذه كلها تدخل فى أعمال الإدارة المألوفة، ويجب على المصفى أن يقوم بها قبل تصفيته للتركة وفى أثناء تصفيته لها. ومن أعمال الإدارة المألوفة أن يقوم المصفى بقبض الديون المستحقة للتركة والتى تكون قد حلت، وأن ينوب عن التركة فى الدعاوى التى ترفع منها أو عليها.

ولما كان المصفى فى حكم الوكيل عن التركة (أو عن الورثة المالكين للتركة)، فإن مسئوليته فى الإجراءات التحفظية وأعمال الإدارة هى مسئولية الوكيل. فللمحكمة الإبتدائية المختصة أن تطالبه بتقديم حساب عن إدارته فى مواعيد دورية تحددها له، وعليه أن يوافى المحكمة بالمعلومات الضرورية عما وصل إليه فى تنفيذ مهمته (م٧٠٥ مدنى)[١]. وليس له أن يستعمل مال التركة لصالح نفسه، وعليه فوائد المبالغ التى استخدمها لصالحه من وقت استخدامها، وعليه أيضاً فوائد ما يتبقى فى ذمته من أموال التركة عن وقت أن يعذر (م ٧٠٦ مدنى)[٢]، ومسئولية الوكيل منصوص عليها فى المادة ٧٠٤ مدنى[٣]. وعلى ذلك يكون المصفى، سواء كان مأجوراً أو غير مأجور بأن كان لم يطلب من المحكمة تقدير أجر له، ملتزماً فى القيام بتصفية التركة وفى إنجاز مهمته، ببذل عناية الرجل المعتاد، ولو زادت هذه العناية على العناية التى يبذلها فى أعماله الخاصة[٤].

٢- شأن المصفى فى إدارة أموال التركة شأن الوكيل عموماً، وعليه أن يبذل فى إدارة التركة من العناية ما يبذله الرجل العادى، وذلك سواء أكان قيامه بالتصفية بأجر أو بدون أجر، وذلك خلافاً للقواعد العامة فى الوكالة. وعليه فى أثناء التصفية أن يتخذ ما تتطلبه أموال التركة من الوسائل التحفظية وأن يقوم بما يلزم من أعمال الإدارة، وعليه أن ينوب عن التركة فى الدعاوى وأن يستوفى مالها من ديون حلت. فإذا كان من الواجب على المصفى أن يتسلم أموال التركة كلها فور تعيينه، فعليه يقع عبء إدارتها، وعليه أن يتخذ الإجراءات التحفظية اللازمة للمحافظة على أموال التركة، فإذا كان للتركة دين فى ذمة الغير، وكان هذا الدين مضموناً برهن رسمى، وجب على المصفى أن يقيد هذا الرهن حتى يأخذ مرتبته ويمكن الاحتجاج به فى مواجهة الغير. وللمحكمة أن تطالب المصفى بتقديم حساب عن إدارته فى مواعيد دورية.

(**الحقوق العينية الأصلية – للدكتور محمد علي عمران – المرجع السابق – ص٥٤**)

---

(١) و(٢) و(٣) يراجع التعليق على تلك المواد بالجزء الثالث من التعليق على القانون المدني المعدل.

(٤) الوسيط – ٩ – للدكتور السنهوري – المرجع السابق – ص١٥٠ وما بعدها.

من أحكام القضاء الحديثة:

١- متى تعدد أوصياء التركة البائعين للأطيان المشفوع فيها ولم يرخص بانفرادهم فى العمل فإن اختصامهم فى دعوى الشفعة هو مما يلزم معه تبادل الرأى فيما بينهم، وكان عليهم أن يعملوا مجتمعين، وذلك وفقاً للمادتين ٢/٨٨٥ و ٧٠٧ من القانون المدنى.

(**جلسة ١٩٥٦/٣/٨ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٧ – مدنى – ص٢٩٦**)

٢- إذا عين المورث اثنين من ورثته منفذين لوصيته فإنه يجوز لأحدهما أن يمثل الآخر فى إتخاذ إجراء فى الميعاد المعين له بما يدفع ضرراً عن التركة وهو ما لا يحتاج الأمر فيه إلى تبادل الرأى. وإذن فمتى كان أحد منفذى الوصية قد طعن بطريق النقض فى الحكم الصادر ضد مصلحة التركة، فإن الدفع بعدم قبول هذا الطعن لانفراد أحد المنفذين بالتقرير دون الآخر يكون على غير أساس.

(**جلسة ١٩٥٥/١٢/٢٢ – مجموعة القواعد القانونية – ٢٥ عاماً – جزء ٢ – ص١٠٠٦**)

٣- ترتفع يد الدائنين والورثة عن التركة إذا ما تقررت التصفية ويمتنع على الدائنين العاديين من وقت قيد الأمر بتعيين المصفى إتخاذ أى إجراءات فردية على أعيان التركة حتى تتم التصفية وينوب المصفى عن التركة فى الدعاوى التى ترفع منها أو عليها عملاً بالمادة ٨٨٥ مدنى إلا أن هذا لا يفقد الورثة أهليتهم ولا يحول تعيين المصفى من بقائهم معه خصوصاً فى الدعوى لمعاونته فى الدفاع عن حقوق التركة، ذلك أن المصفى ما هو إلا نائب عن الورثة نيابة قانونية حول الشارع بمقتضاها تمثيلهم أمام القضاء وفحص وحصر وسداد ديون التركة التى يتولى إدارتها نيابة عنهم.

(**نقض – جلسة ١٩٧٨/٢/١٣ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٢٩ – مدني – ص٤٥٦**)

* * *

obeikan.com

مادة (٨٨٦)

١- على المصفى أن يوجه تكليفاً علنياً لدائنى التركة ومدينيها يدعوهم فيه لأن يقدموا بياناً بما لهم من حقوق وما عليهم من ديون وذلك خلال ثلاثة أشهر من التاريخ الذى ينشر فيه التكليف آخر مرة.

٢- ويجب أن يلصق التكليف على الباب الرئيسى لمقر العمدة فى المدينة أو القرية التى توجد بها أعيان التركة. أو على الباب الرئيسى لمركز البوليس فى المدن التى تقع فى دائرتها هذه الأعيان. وفى لوحة المحكمة الجزئية التى يقع فى دائرتها آخر موطن للمورث، وفى صحيفة من الصحف اليومية الواسعة الانتشار.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية: مادة ٨٩٠ ليبى و ٨٤٧ سورى.

الأعمال التحضيرية:

يراجع – لاحقاً – التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد على نص المادة ٨٩٠ مدنى.

رأى الفقه:

١- قد لا يعلم دائنو التركة ومدينوها بموت صاحبها ويكونون من الدائنين أو المدينين العاديين فلا تكشف عنهم السجلات العامة، كما أنه ليس من الضرورى أن تكشف عنهم أوراق المورث ومستنداته، ومن أجل هذا وجب أن يوجه إليهم تكليف علنى، بأن يقدموا بياناً بما لهم من حقوق على التركة وما عليهم من ديون للتركة فى ميعاد معين.

فقضى القانون بأن على المصفى أن يوجه تكليفاً علنياً لدائنى التركة ومدينيها يدعوهم فيه أن يقدموا بياناً عما لهم من حقوق وما عليهم من ديون، وذلك فى خلال ثلاثة أشهر من آخر مرة ينشر فيها التكليف. ولما كان التكليف ينشر أكثر من مرة، فيجب أن يحدد المصفى ميعاداً لتقديم البيان المشار إليه يكون أطول من ثلاثة أشهر فى المرات الأولى من النشر، بحيث لا يقل هذا الميعاد عن ثلاثة شهور من التاريخ الذى ينشر فيه التكليف آخر مرة.

وحتى تتوافر للتكليف العلانية الواجبة قضى القانون بأن ينشر بطرق ثلاثة:

(١) النشر المحلى – ويكون بالنسبة إلى أعيان التركة الموجود فى القرى ومدن الأقاليم. ويلصق التكليف على الباب الرئيسي لمقر العمدة أو المدينة، وبالنسبة لأعيان التركة الموجودة فى المدن الكبرى يلصق التكليف على الباب الرئيس لمركز البوليس (الشرطة) الذى تتبعه الأعيان.

(٢) النشر فى لوحة الإعلانات بالمحكمة – يلصق التكليف فى لوحة الإعلانات بالمحكمة – فيلصق التكليف فى لوحة المحكمة الجزئية التى يقع فى دائرتها آخر موطن للمورث. مع ملاحظة أن المحكمة المختصة بنظر الدعوى هى المحكمة الإبتدائية لا الجزئية.

(٣) النشر فى الصحف اليومية – فينشر التكليف فى صحيفة من الصحف اليومية الواسعة الانتشار.

ولا ترتيب معين لهذه الطرق الثلاثة، المهم أن تكون المهلة المعطاة فى التكليف لا تقل عن ثلاثة أشهر من تاريخ آخر مرة ينشر فيها التكليف.

(**الوسيط – ٩ – للدكتور السنهوري – المرجع السابق – ص١٥٢ وما بعدها**)

٢– لما كان التكليف ينشر أكثر من مرة، فيجب أن يحدد المصفى ميعاداً لتقديم البيان المشار إليه يكون أطول من ثلاثة شهور فى المرات الأولى من النشر، بحيث لا يقل هذا الميعاد عن ثلاثة أشهر من التاريخ الذى ينشر فيه التكليف آخر مرة.

ولقد حدد القانون الطرق التى يجب أن يتم بها النشر، فأوجب أن يلصق التكليف على الباب الرئيسى لمنطقة البلدية فى المدينة أو القرية التى يوجد بها أعيان التركة، أو على الباب الرئيسى لمركز الشرطة فى المدن التى تقع فى دائرتها هذه الأعيان، وفى لوحة إعلانات المحكمة التى يوجد بها آخر موطن للمورث، وأخيراً فى صحيفة من الصحف اليومية الواسعة الانتشار.

(**الحقوق العينية الأصلية – للدكتور محمد علي عمران – المرجع السابق – ص٥٤ و٥٥**)

* * *

مادة (٨٨٧)

١- على المصفى أن يودع قلم كتاب المحكمة خلال أربعة أشهر عن يوم تعيينه، قائمة تبين ما للتركة وما عليها وتشتمل على تقدير لقيمة هذه الأموال، وعليه أيضاً أن يخطر بكتاب موصى عليه فى الميعاد المتقدم كل ذى شأن بحصول هذا الإيداع.

٢- ويجوز أن يطلب إلى القاضى مد هذا الميعاد إذا وجدت ظروف تبرر ذلك.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية: مادة ٨٩١ ليبى و ٨٤٨ سورى.

الأعمال التحضيرية:

يراجع – لاحقاً – التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد على نص المادة ٨٩٠ مدنى.

رأى الفقه:

١- على المصفى وهو الذى يقوم بتسوية ديون التركة أن يجرد التركة ليعرف مالها وما عليها، وله أن يستعين فى ذلك بأوراق المورث ومستنداته، وله أيضاً أن يرجع إلى السجلات العامة وخاصة السجلات العقارية، كما يمكنه أن يرجع أيضاً إلى الورثة والموصى لهم إن وجدوا ليعرف ما للتركة من حقوق وما عليها من ديون. وعلى المصفى بعد ذلك أن يقيم ما للتركة وما عليها، وله الاستعانة فى ذلك بخبير.

ولقد أوجب القانون على المصفى أن يودع قلم كتاب المحكمة خلال أربعة أشهر من يوم تعيينه قائمة تبين ما للتركة وما عليها، وعليه أن يخطر كل ذى شأن بكتاب مسجل فى الميعاد المتقدم بحصول هذا الإيداع. وللمصفى أن يطلب من القاضى مد الميعاد الذى يجب أن يتم فيه الإيداع إذا دعت إلى ذلك الضرورة أو الحاجة.

(الحقوق العينية الأصلية – للدكتور علي عمران – المرجع السابق ـ ص٥٥ و٥٦ وينظر: الوسيط – ٩ – للدكتور السنهوري – المرجع السابق – ص١٥٤ وما بعدها)

* * *

مادة (٨٨٨)

١ـ للمصفى أن يستعين فى الجرد وفى تقدير قيمة أموال التركة بخبير أو بمن يكون له فى ذلك دراية خاصة.

٢ـ ويجب على المصفى أن يثبت ما تكشف عنه أوراق المورث وما هو ثابت فى السجلات العامة من حقوق وديون وما يصل إلى علمه عنها من أى طريق كان، وعلى الورثة أن يبلغوا المصفى عما يعلمونه من ديون على التركة وحقوق لها.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية: مادة ٨٤٩ سورى و ٨٩٢ ليبى.

الأعمال التحضيرية:

يراجع – لاحقاً – التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد على نص المادة ٨٩٠ مدنى.

رأى الفقه:

١– للمصطفى – فى سبيل إعداد قائمة الجرد – أن يستعين بأهل الخبرة لتقدير قيمة الأموال التى لا يستطيع تقديرها كالحلى والتحف. وله أن يتعرف على كل ما يتعلق بحالة التركة بما يثبت له من أوراق المورث وبما هو ثابت بالسجلات العامة.

(الوسيط – ٩ – للدكتور السنهوري – المرجع السابق – ص١٥٦)

* * *

obeikan.com

مادة (٨٨٩)

يعاقب بعقوبة التبديد كل من استولى غشاً على شئ من مال التركة ولو كان وارثاً.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية: مادة ٨٩٣ ليبى و ٨٥٠ سورى.

الأعمال التحضيرية:

يراجع – لاحقاً – التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد على نص المادة ٨٩٠ مدنى.

رأى الفقه:

١– يلاحظ أن القانون حرم الإستيلاء على شئ من أموال التركة، فمن كان تحت يده شئ من هذه الأموال، حتى لو كان دائناً أو موصى له أو وارثاً يجب أن يسلمه للمصفى.

فإذا أخفى الذين كانوا يقيمون مع الميت شيئاً من ماله غشاً بنية الإستيلاء عليه وتملكه، اعتبروا فى حكم المبددين وعوقبوا بعقوبة التبديد، حتى لو كان من فعل ذلك زوجة الميت أو أولاده إذا أخفوا مثلاً شيئاً من نقود الميت أو أوراقه المالية أو ما يملك من حلى ومجوهرات.

(الوسيط – ٩ – للدكتور السنهوري – المرجع السابق – ص١٥٧ و١٥٨)

٢– فإذا أخفى شخص مالاً من أموال التركة – لو كان وارثاً – عن المصفى بقصد الإستيلاء عليه، اعتبر مبدداً، ووقعت عليه العقوبة.

(الحقوق العينية الأصلية – للدكتور محمد علي عمران – المرجع السابق – ص٥٦)

* * *

مادة (٨٩٠)

١- كل منازعة فى صحة الجرد، وبخاصة ما كان متعلقاً بإغفال أعيان أو حقوق للتركة أو عليها أو بإثباتها، ترفع بعريضة للمحكمة بناء على طلب كل ذى شأن خلال الثلاثين يوماً التالية للإخطار بإيداع قائمة الجرد.

٢- وتجرى المحكمة تحقيقاً، فإذا رأت أن الشكوى جدية أصدرت أمراً بقبولها. ويصح التظلم من هذا الأمر وفقاً لأحكام قانون المرافعات.

٣- وإن لم يكن النزاع قد سبق رفعه إلى القضاء عينت المحكمة أجلاً يرفع فيه ذو الشأن دعواه أمام المحكمة المختصة، وتقضى فيها هذه المحكمة على وجه الإستعجال.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية: مادة ٨٩٤ ليبى و ٨٥١ سورى.

الأعمال التحضيرية:

هذه سلسلة من النصوص تبسط إجراءات جرد التركة، وهى تتكون من الحلقات الآتية:

١- تكليف علنى يوجهه المصفى لدائنى التركة ومدينيها، ليقدموا بياناً بما لهم من حقوق وما عليهم من ديون، فى ظرف ثلاثة أشهر من آخر تكليف ينشر ولما كان محتملاً أن يكون المصفى غير عالم بكل الدائنين والمدينين، لذلك يجب عليه أن يلصق التكليف فى جهات معينة: موطن المورث، ومقر العمدة، وديوان المركز أو المديرية أو المحافظة التى تقع فى دائرتها أعيان التركة، ولوحة الإعلانات بمحكمة موطن المورث ومحكمة أعيان التركة، والجريدة الرسمية، وثلاث من الصحف اليومية الكبرى.

٢- إعداد قائمة الجرد: عندما تتجمع لدى المصفى البيانات اللازمة عن حقوق التركة وديونها فى ظرف ثلاثة أشهر من نشر التكليف العلنى السابق الذكر، تعد قائمة تبين ما للتركة من أعيان وأموال وحقوق وما عليها من ديون، وتشتمل القائمة على تقدير لقيمة هذه الأموال، وقد يقتضى الأمر أن يستعين المصفى فى هذا الجرد بخبير يقدر قيمة الأموال، وهو على كل حال يستعين بأوراق المورث، وبما هو ثابت فى السجلات العامة من حقوق وديون (كتكاليف الأطيان وسجلات القيود والتسجيلات بالمحاكم). وعلى أن يدرج فى قائمة الجرد ما يتبين من كل هذه الأوراق، وعليه أيضاً أن يسأل الورثة عن معلوماتهم. وعلى الورثة أن يدلوا بكل ما يعلمونه، كما يجيب على كل شخص لديه معلومات عن حالة التركة أن يتقدم بها للمصفى تحت مسئوليته. وقد نصت المادة ١٣٢١ من المشروع على عقوبة جنائية هى عقوبة التبديد، توقع على كل من استولى على مال التركة حتى لو كان وارثاً، فمن كان فى يده مال للتركة ولم يبلغ عنه بنية تملكه وقعت عليه عقوبة التبديد حتى لو كان وارثاً. وليس للوارث أن يحتج بأنه يملك بالميراث ما استولى عليه، وهذا لا يحل بتوقيع عقوبات أخرى أشد من

عقوبة التبديد، كعقوبة الشرقة، إذا كان هناك محل لذلك. أما مجرد الإهمال فى التبليغ عن أموال التركة أو تعمد عدم التبليغ. مادام غير مصحوب بالإستيلاء على مال التركة. فلا يدخل فى حكم المادة ١٣٢١.

٣- ومن ثم للمصفى إعداد قائمة الجرد وجب عليه تقديمها للقاضى فى ظرف أربعة أشهر من يوم تعيينه، وكذلك إعلانها إلى كل ذى شأن، أى للورثة ولدائنى التركة ولمدينيها وللموصى لهم، فى نفس الميعاد. ولما كان جمع البيانات اللازمة لإعداد القائمة يتطلب ثلاثة أشهر كما تقدم، فإن المصفى لا يكون أمامه لإعداد القائمة وتقديمها إلى القاضى وإعلانها إلى ذوى الشأن إلا شهر واحد من وقت ورود آخر بيان، بفرض أنه تمكن من توجيه التكليف المشار إليه لدائنى التركة ومدينيها، وتمكن كذلك من نشره فى أول يوم عين فيه، فإن ضاق به هذا الميعاد، كان له أن يطلب إلى القاضى مدة إذا وجدت ظروف تبرر ذلك.

٤- ويأتى بعد ذلك تحقيق المنازعات فى الجرد، فكل منازعة يتقدم بها دائن فى قيمة حقه، أو مدين فى صحة دينه، أو وارث يدل على أعيان التركة لم تثبت وكان يجب إثباتها، أو على ديون أثبتت وكان يجب إغفالها، أو نحو ذلك من المنازعات، يجب تقديمها بعريضة من ذى الشأن فى ظرف خمسة عشر يوماً من وقت إعلانه بقائمة الجرد.

ويبحث قاضى التصفية المنازعات التى قدمت بحثاً مبدئياً، فيستبعد ما كان منها غير جدى، ولمن استبعد منازعته أن يتظلم أمام القاضى نفسه، فإن رفض تظلمه لم يبق أمامه إلا الطريق للتقاضى. وما كان جدياً من هذه المنازعات ولم يكن سبق رفعه إلى القضاء، يحدد القاضى له أجلاً يرفع فيه ذو الشأن دعواه أمام المحكمة المختصة، وتنظر الدعوى على وجه الإستعجال ولا تقبل فيها المعارضة وميعاد إستئنافها إن كان الإستئناف جائزاً خمسة عشر يوماً.

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى – جزء ٦ – ص٢٤١، ٢٤٢، ٢٤٣)

رأى الفقه:

١- يعرض نص المادة ٨٩٠ مدنى لإجراءات الفصل فى المنازعات المتعلقة بالجرد، فإذا أودع المصفى قائمة الجرد قلم كتاب المحكمة وأخطر ذوى الشأن بإيداعها، نمكن هؤلاء من الاطلاع عليها وفى قلم كتاب المحكمة، ولأى منهم أن ينازع فيها، فالوارث أو الموصى له قد ينازع فى أن القائمة قد أغفلت أعياناً أو حقوقاً للتركة، أو أنها أثبتت ديوناً على التركة ليست صحيحة، ودائن التركة قد ينازع فى أن له مبلغاً أكبر من المبلغ الذى أدرج فى القائمة، ومدين التركة قد ينازع فى أن دينه أقل مما أدرج، وهكذا. أما دائنو التركة العاديون الذين لم يدرجوا فى القائمة لعدم ظهورهم، فهؤلاء يظلون غير معروفين فلا يمكن إخطارهم بإيداع القائمة ولا يتمكنون من المنازعة، وقد عالج القانون أمرهم فى المادة ٨٩٧ مدنى.

والمنازعة فى قائمة الجرد ترفع بعريضة إلى المحكمة الإبتدائية التى تنظر تصفية التركة، ويرفعها صاحبها فى خلال الثلاثين يوماً التالية لإخطار المصفى له

بإيداع قائمة الجرد فى قلم كتاب المحكمة. وتفحص المحكمة المنازعة فحصاً مبدئياً، فإذا رأت أنها غير جدية أمرت برفضها، وإلا أصدرت أمراً بقبولها، ويصبح التظلم من الأمر الذى تصدره المحكمة وفقاً لأحكام قانون المرافعات إلى المحكمة التى أصدرت الأمر، وتقضى المحكمة فى التظلم على وجه السرعة بتأييد الأمر أو بإلغائه.

فإذا صدر فى المنازعة أمر نهائى برفضها لم يبق لصاحب المنازعة إلا الالتجاء إلى الطريق العادى للتقاضى، وأما إذا صدر بقبول المنازعة لجديتها عينت المحكمة التى أصدرت الأمر أجلاً يرفع صاحب المنازعة خلاله دعواه أمام المحكمة المختصة، وقد تكون مصدره الأمر، بالأوضاع العادية للتقاضى، وفى جميع الأحوال تقتضى المحكمة المختصة فى المنازعة على وجه الإستعجال.

(الوسيط – ٩ – للدكتور السنهوري – المرجع السابق – ص١٥٩ وما بعدها)

١ – على المصفى أن يودع قلم كتاب المحكمة قائمة بجرد التركة وعليه أيضاً إخطار ذوى الشأن بحصول هذا الإيداع، ولكل ذى شأن – وهم غالباً الورثة أو دائنو التركة أو الموصى لهم بعين من أعيان التركة أن ينازع فى قائمة الجرد، وعادة ما تتعلق المنازعة فى قائمة الجرد بما يكون المصفى قد أغفله من حقوق للتركة أو ديون عليها، وتتم المنازعة فى قائمة الجرد بعريضة ترفع للمحكمة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إخطار المصفى لذوى الشأن بحصول الإيداع. وإذا وجدت المحكمة أن هذا الإعتراض مبنى على أساس صحيح أمرت بقبوله، ويجوز بعد ذلك لذوى الشأن للتظلم من هذا الأمر أمام القضاء وفقاً للقواعد المعمول بها فى قانون المرافعات.

(الحقوق العينية الأصلية – للدكتور محمد علي عمران – المرجع السابق – ص٥٦)

من أحكام القضاء الحديثة:

١ – مفاد نص المادة ٨٩٠ من القانون المدني أن المنازعة في صحة الجرد – وما تجريه المحكمة إبتداء في شأن عريضتها – هو أمر ولائي على عريضة مما أناطه القانون بقاضي الأمور الوقتية عملاً بالمادة ١٩٤ مرافعات ومن ثم فإن المقصود بلفظ "المحكمة " الوارد بالمادة ٨٩٠ مدني سالف الذكر هو قاضي الأمور الوقتية بالمحكمة وليس المحكمة بكامل هيئتها ويكون له أن يجري في العريضة أمره بالقبول أو الرفض، وهو ما يجوز التظلم منه طبقاً لأحكام المواد من ١٩٤ إلى ١٩٩ مرافعات.

(الطعن رقم ٦٦١ ـ لسنة ٤٨ ق ـ تاريخ الجلسة ٠٩ / ١١ / ١٩٨٢)

٢ – مفاد نص الفقرة الأولى من المادة ٨٩٠ مدني أن كل منازعة في صحة الجرد ترفع بعريضة للمحكمة بناء على طلب كل ذي شأن خلال الثلاثين يوماً التالية للإخطار بإيداع القائمة مما مؤداه أن المشرع جعل انفتاح هذا الميعاد رهناً بقيام المصفي بإخطار المنازع بإيداع القائمة، أما ذوو الشأن الذين لم يخطروا بإيداع القائمة فلا يتقيدون بهذا الميعاد لتوقف الالتزام به على حصول الأحكام بإيداع القائمة ومن ثم فإن لهؤلاء أن يرفعوا منازعتهم في صحة الجرد إلى المحكمة في أي وقت إلى ما قبل تمام التصفية.

(الطعن رقم ٦٦١ ـ لسنة ٤٨ ق ـ تاريخ الجلسة ٠٩ / ١١ / ١٩٨٢)

تسوية ديون التركة

مادة (٨٩١)

بعد انقضاء الميعاد المعين لرفع المنازعات المتعلقة بالجرد يقوم المصفى بعد استئذان المحكمة بوفاء ديون التركة التى لم يقم فى شأنها نزاع. أما الديون التى توزع فيها فتسوى بعد الفصل فى النزاع نهائياً.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية: مادة ٨٩٥ ليبى و ٨٥٢ سورى.

الأعمال التحضيرية:

ينظر – لاحقاً – التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد على نص المادة ٨٩٣ مدنى.

* * *

obeikan.com

مادة (٨٩٢)

على المصفى فى حالة إعسار التركة أو فى حالة احتمال إعسارها أن يقف تسوية أى دين، ولو لم يقم فى شأنه نزاع، حتى يفصل نهائياً فى جميع المنازعات المتعلقة بديون التركة.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية: مادة ٨٩٦ ليبى و ٨٥٣ سورى.

الأعمال التحضيرية:

يراجع – لاحقاً – التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد على نص المادة ٨٩٣ مدنى.

رأى الفقه:

١– يبين مما ورد فى نص المادتين ٨٩١، ٨٩٢ مدنى أنه يجب على لمصفى أن يوفى بديون التركة التى لم يقم فى شأنها نزاع، إلا إذا كانت التركة غير موسرة أو كان ذلك محتملاً، فعندئذ يجب عليه أن يوقف تسوية أى دين. وأما إذا كانت التركة موسرة فعلى المصفى أن يوفى بالديون التى لم يقم فى شأنها نزاع، وأما التى قام بشأنها نزاع فيجب عليه أن يوقف الوفاء بها إلى أن يفصل فى النزاع نهائياً.

(الحقوق العينية الأصلية – للدكتور محمد علي عمران – المرجع السابق – ص٥٧)

٢– فإذا رأى المصفى أن التركة معسرة، أو أن هناك احتمال لأن تكون معسرة، فعليه أن يقف وفاء أى دين ولو لم يقم فى شأنه نزاع. ذلك لأنه إذا تبين نهائياً أن التركة معسرة، فإن دائن التركة لا يستطيع الحصول على كل حقه ولابد أن يكتفى بحصة منه، والمصفى لا يستطيع أن يعرف مقدماً مقدار هذه الحصة، فلابد إذن من أن ينتظر حتى يفصل نهائياً فى الديون التى رفعت فى شأنها منازعات، وعند ذلك يستطيع أن يثبت من مقدار جميع الديون التى على التركة فى صورتها النهائية. وفى ذلك الوقت فقط يوفى ديون التركة، فيوزع أموال التركة على دائنيها. ولما كانت التركة معسرة فإن دائنى التركة يتحاصون أموالها، ويأخذ كل منهم حصة بنسبة الدين الذى له.

(الوسيط – ٩ – للدكتور السنهوري – المرجع السابق – ص١٦٥)

* * *

مـــادة (٨٩٣)

١ـ يقوم المصفى بوفاء ديون التركة مما يحصله من حقوقها، ومما تشتمل عليه من نقود ومن ثمن ما يكون قد باعه بسعر السوق من أوراق مالية، ومن ثمن ما فى التركة من منقول، فإن لم يكن كل ذلك كافياً فمن ثمن ما فى التركة من عقار.

٢ـ وتباع منقولات التركة وعقاراتها بالمزاد العلنى وفقاً للأوضاع وفى المواعيد المنصوص عليها فى البيوع الجبرية، إلا إذا اتفق جميع الورثة على أن يتم البيع بطريقة أخرى أو على أن يتم ممارسة. فإذا كانت التركة معسرة لزمت أيضاً موافقة جميع الدائنين. وللورثة فى جميع الأحوال الحق فى أن يدخلوا فى المزاد.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المـواد التاليـة: مادة ٨٩٧ ليبى و ٨٥٤ سورى.

الأعمال التحضيرية:

١- بعد انقضاء الميعاد المحدد لرفع المنازعات المتعلقة بقائمة الجرد (خمسة عشر يوماً)، وينظر المصفى هل التركة معسرة أو محتملة الإعسار فإن كان هذا هو الأمر أوقف تسوية الديون حتى يتم الفصل النهائى فى جميع المنازعات ثم يسوى الديون جملة واحدة لكل دائن بنسبة حقه. أما إن كانت التركة محققة اليسار فلا محل لتأجير سداد الديون التى لم يقم بشأنها نزاع، فيستأذن المصفى القاضى فى وفائها. وتسرى الديون التى نوزع فيها بعد الفصل نهائياً فى النزاع.

٢- ويدفع المصفى ما على التركة من ديون مما لها من حقوق فى ذمة الغير بعد أن يقبضها، ومما تشتمل عليه نقود ومن ثمن الأوراق المالية والمنقولات بعد أن يبيعها، فإن لم يكف ذلك كله ببيع العقارات. وتباع المنقولات والعقارات وفقاً للأوضاع المقررة فى البيوع الجبرية، إلا إذا اتفق جميع الورثة، وكذلك الدائنون إذا كانت التركة معسرة، على غير ذلك. وللورثة والدائنين أن يدخلوا فى المزاد.

رأى الفقه:

١- القاعدة أن يتم الوفاء بديون التركة من حقوقها، ويجب على المصفى أن يقوم بجرد التركة وأن يودع قلم كتاب المحكمة قائمة بالجرد، وأن يخطر كل ذوى الشأن بهذا الإيداع حتى ينفتح أمامهم باب المنازعة فيه. وعلى المصفى بعد ذلك أن يوفى بما على التركة من ديون، ويتم ذلك الوفاء بما تشتمل عليه التركة من ديون. ويتم ذلك الوفاء بما تشتمل عليه التركة من نقود ومن ثمن ما يكون قد باعه بسعر السوق من أوراق مالية ومن ما فى التركة من منقول، فإن لم يكن كافياً للوفاء، فيكون الوفاء بعد ذلك من ثمن ما فى التركة من عقار، وتباع منقولات التركة وعقاراتها بالمزاد العلنى وفقاً للقواعد المنصوص عليها فى البيوع الجبرية، ومع ذلك فلجميع الورثة أن يتفقوا

على أن يتم البيع بطريق الممارسة إذا كانت التركة موسرة، وأما إذا كانت التركة غير موسرة وجب موافقة جميع الدائنين لتعلق حقوقهم بقيمة ما فى التركة من أموال.

(الحقوق العينية الأصلية – للدكتور محمد علي عمران – المرجع السابق – ص٥٧، ويراجع الوسيط –٩ – للدكتور السنهوري – المرجع السابق – ص١٦٦)

من أحكام القضاء الحديثة:

١– مؤدى نص المادة ٨٩٣ من القانون المدني أن تباع عقارات التركة بالمزاد العلني وفقاً للأوضاع وفي المواعيد المنصوص عليها في البيوع الجبرية ما لم يتفق جميع الورثة على أن يتم البيع بطريقة أخرى، ومتى كان ذلك وكانت الأوضاع والمواعيد سالفة الذكر والمنصوص عليها في المواد ٤٠١ من قانون المرافعات وما بعدها أعمال إجرائية يترتب البطلان على عدم إتباعها، وبالتالي فإن البيع الحاصل دون اتخاذها لا يكون صحيحاً.

(الطعن رقم ٢٠٣٦ ـ لسنة ٥٠ ق ـ تاريخ الجلسة ٠٥ / ٠٢ / ١٩٨٥)

* * *

obeikan.com

مـــادة (٨٩٤)

للمحكمة، بناء على طلب جميع الورثة، أن تحكم بحلول الدين المؤجل ويتعين المبلغ الذى يستحقه الدائن مراعية فى ذلك حكم المادة ٥٤٤.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية: مادة ٨٩٨ ليبى و ٨٥٥ سورى.

الأعمال التحضيرية:

ينظر – لاحقاً – التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد على نص المادة ٨٩٦ مدنى.

رأى الفقه:

١- يعرض نص المادة ٨٩٤ مدنى ليدون التركة المؤجلة، فهذه لا تحل آجالها بموت المدين، بل يبقى الدين مؤجلاً بعد موته. ولا يجوز لدائن التركة ذى الدين المؤجل أن يطالب المصفى بالدين إلا عند حلول الأجل. وقد لا يحل الأجل إلا بعد وقت طويل، ويكون من مصلحة الورثة تعجيل الدين المؤجل ودفعه قبل حلول الأجل.

(الوسيط – ٩ – للدكتور السنهوري – المرجع السابق – ص١٦٧ وما بعدها)

* * *

opelian.com

مادة (٨٩٥)

١- إذا لم يجمع الورثة على طلب حلول الدين المؤجل، تولت المحكمة توزيع الديون المؤجلة وتوزيع أموال التركة، بحيث يختص كل وارث من جملة ديون التركة ومن جملة أموالها بما يكون فى نتيجته معادلاً لصافى حصته فى الإرث.

٢- وترتب المحكمة لكل دائن من دائنى التركة تأميناً كافياً على عقار أو منقول، على أن تحتفظ لمن كان له تأمين خاص بنفس هذا التأمين. فإن استحال تحقيق ذلك، ولو بإضافة ضمان تكميلى يقدمه الورثة من مالهم الخاص أو بالإتفاق على أية تسوية أخرى رتبت المحكمة التأمين على أموال التركة جميعاً.

٣- وفى جميع هذه الأحوال إذا ورد تأمين على عقار ولم يكن قد سبق شهره، وجب أن يشهر هذا التأمين وفقاً للأحكام المقررة فى شهر حق الإختصاص.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية: مادة ٨٩٩ ليبى و ٨٦٥ سورى.

الأعمال التحضيرية:

يراجع – لاحقاً – التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد على نص المادة ٨٩٦ مدنى.

رأى الفقه:

١- طبقاً للمادة ٨٩٥ مدنى بفرض أن الورثة لم يجمعوا على تعجيل الوفاء بالديون المؤجلة، وآثروا أو آثر بعضهم أن تبقى مؤجلة للاستفادة من الأجل. عند ذلك تتولى المحكمة المختصة بنظر شئون التصفية توزيع ديون التركة المؤجلة على الورثة وكذلك توزيع أموال التركة، بحيث يكون لكل وارث حصة من الأموال وحصة من الديون إذا استنزلت الثانية من الأولى كان الباقى معادلاً لصافى حصته فى الإرث (تراجع الأعمال التحضيرية فى هذا الصدد والواردة على نص المادة ٨٩٦ مدنى).

أما بالنسبة لما ورد فى الفقرة الثانية من المادة ٨٩٥ مدنى، فإن من كان له من الدائنين منذ البداية تأمين خاص كرهن أو إمتياز، ويبقى له هذا التأمين كما كان. ويحسن فى هذه الحالة أن يكون الوارث الذى وقعت فى نصيبه العين المثقلة بهذا التأمين الخاص هو الذى يختص بالدين الذى لصاحب هذا التأمين.

(الوسيط – ٩ – للدكتور السنهوري – المرجع السابق – ص١٦٩ وما بعدها)

* * *

مـــادة (٨٩٦)

يجوز لكل وارث بعد توزيع الديون المؤجلة أن يدفع القدر الذى اختص به قبل أن يحل الأجل طبقاً للمادة ٨٩٤.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية: مادة ٩٠٠ ليبى و ٨٧٥ سورى.

الأعمال التحضيرية:

١- بعد تمام جرد التركة تسوى ما عليها من ديون مؤجلة، فالأصل أن هذه الديون لا تحل بالموت، وقد لا تحل إلا بعد مواعيد طويلة. فتسهيلاً لتصفية التركة دون انتظار حلول هذه الديون، نص المشروع على الإجراءات التى يجب أن تتبع فى هذا الشأن.

٢- فقد يكون من مصلحة الورثة جميعاً الحكم بحلول الديون المؤجلة. فإذا انعقد إجماعهم على ذلك، طلبوا من القاضى أن يحكم بحلول الدين المؤجل وبتعيين المبلغ الذى يستحقه الدائن. وفى تعيين هذا المبلغ يراعى القاضى تعويض الدائن عما فاته من ربح بسبب الوفاء المعجل، دون أن يجاوز هذا التعويض قيمة الفائدة (القانونية أو الإتفاقية حسب الأحوال) عن ستة أشهر، إلا إذا كان هناك إتفاق سابق على طريقة هذا التعويض عند الدفع المعجل فيتبع. أما إذا كان الدين المؤجل لا فوائد عليه، فالتعجيل لا يضر الدائن فى شئ بل يفيده، فلا يقدر له تعويض، ولكن لا يخصم منه شئ نظير التعجيل.

٣- أما إذا لم يتفق الورثة جميعاً على حلول الديون المؤجلة، وآثروا أو آثر بعضهم أن تبقى مؤجلة للاستفادة من الأجل، تولى القاضى توزيع هذه الديون على الورثة، مراعياً فى ذلك أنه إذا طرح ما يختص به منها كل وارث مما أعطى من أموال التركة كان الباقى معادلاً لصافى حصته فى الإرث.

وهذه عملية حسابية دقيقة قد يستعين فيها القاضى بخبير. وتبقى مشكلة أخرى هى أن الديون المؤجلة بتوزيعها على الورثة قد تجزأ ضمانها، فقد كانت كل التركة ضامنة لأى دين منها، فأصبح الدين بعد أن اختص به وارث معين لا يضمنه إلا جزء من التركة، فهو الجزء الذى وقع فيه نصيب هذا الوارث. وهذه نتيجة يجب التسليم بها لأنها تترتب على تجزئة الدين.

ولما كان المفروض أن التركة موسرة، لأن التركة المعسرة يحل فيها الديون المؤجلة وتوزع كلها على الدائنين، فالمفروض تبعاً لذلك أن جزء التركة الذى وقع فى نصيب الوارث يفى بالدين الذى اختص به، ولكى يكون الدائن مطمئناً على حقه يجوز للقاضى أن يرتب له إختصاص على عقارات التركة التى وقعت فى نصيب الوارث، وذلك بالرغم من أن الدين مؤجل ولم يصدر به حكم، بل تجوز مطالبة الوارث بإضافة ضمان تكميلى من ماله الخاص أو مطالبته بأية تسوية أخرى، كتقديم كفيل عينى أو

شخصى أو عقد تأمين لمصلحة الدائن. فإذا لم يمكن أن يتحقق للدائن الضمان الكافى، فإن حقه يبقى غير قابل للتجزئة وضمانه هو كل أموال التركة، ما وقع منها فى نصيب الوارث وما وقع فى نصيب الورثة الآخرين، مع مراعاة إتخاذ الإجراءات اللازمة لإشهار هذا الحق.

٤- فإذا ما قسمت الديون المؤجلة على النحو المتقدم، ورأى بعض الورثة تعجيل دفع الديون التى احتوا بها، جاز لهم أن يطلبوا من القاضى الحكم بحلول هذه الديون وتعيين المبلغ الذى يستحقه الدائن وفقاً للأحكام التى تقدم ذكرها.

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني – جزء ٦ – ص٢٥٨ – ٢٥٩)

رأى الفقه:

١- إذا اختص كل وارث بنصيب من الديون المؤجلة، فقد يرغب أحد الورثة تعجيل الوفاء بالديون المؤجلة التى وقعت فى نصيبه، فيستطيع هذا الوارث أن يقوم بتعجيل الوفاء بما وقع نصيبه من هذه الديون، ويطلب من المحكمة أن تقض بحول الدين المؤجل الذى وقع فى نصيبه، وبتعيين المبلغ الذى يستحقه الدائن طبقاً لأحكام المادة ٨٩٤ مدنى.

(الوسيط – ٩ – للدكتور السنهوري – المرجع السابق – ص١٧٢)

* * *

obeikan.com

مـــادة (٨٩٧)

دائنوا التركة الذين لم يستوفوا حقوقهم لعدم ظهورها فى قائمة الجرد لم تكن لهم تأمينات على أموال التركة، لا يجوز لهم أن يرجعوا على من كسب بحسن نية حقاً عينياً على تلك الأموال وإنما لهم الرجوع على الورثة بسبب إثرائهم.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المـــواد التاليـــة: مادة ٩٠١ ليبى و٨٥٨ سورى.

الأعمال التحضيرية:

من المحتمل أن دائناً للتركة، وليس له تأمين على عين من أعيانهـــا، ولـــم يعلـــم بالتكليف الذى وجهه المصفى للدائنين فلم يظهر فى قائمة الجرد، حتى تمـــت عمليـــة التصفية، واستولى كل وارث على نصيبه من التركة خالصاً من الديون، يستطيع هـــذا الدائن دون شك الرجوع على أموال التركة ما بقيت فـــى أيـــدى الورثـــة. ولكـــن إذا تصرف الوارث فى مال الشركة لأجنبى حسن النية وجب أن يحمـــى هـــذا الأجنبـــى، وليس للدائن إلا الرجوع على الوارث فى حدود ما عسى أن يكون هذا قد أخذه مقـــابلاً لمال التركة، كالثمن إذا كان التصرف بيعاً والبدل إذا كان مقايضة العـــوض إذا كـــان هبة.

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني – الجزء ٦ – ص٢٦٠)

رأى الفقه:

١- يعالج الحكم الوارد في نص المادة ٨٩٧ مدنى حالة الدائن الذى لـــم تمكنـــه ظروفه – لعدم علمه عادة بموت مدينه وعدم ظهور دينه فى قائمة الجرد – من العلـــم بالتكليف الذى وجهه المصفى للدائنين، فهذا الدائن يستطيع مع ذلك أن ينفذ بما له مـــن حق على أموال المدين إذا كانت لا تزال تحت يد الورثة. أمـــا إذا كـــان الورثـــة قـــد تصرفوا بعد تسوية الديون فى عقار من عقارات التركة، ولم يكف لهذا الدائن تـــأمين خاص على مال من أموال المدين (المورث) فلا يجوز لهذا الدائن أن يرجع على مـــن كسب بحسن نية حقاً عينياً على هذه الأموال التى تصرف فيها الورثة إلى الغير، متـــى كان الغير المتصرف إليه قد اكتسب عليها حقاً عينياً، إذ أن حق من يتعامل مع الوارث بعد إنتهاء التصفية أن يطمئن إلى أن التصفية قد خلصت التركة من الديون. ولا يفقـــد الدائن حقه فى الرجوع على الوارث بما يكون قد أثرى به. كالثمن إذا كان التـــصرف بيعاً، والبدل إذا كان مقايضة، والعوض إذا كان هبة.

(الحقوق العينية الأصلية – للدكتور محمد علي عمران – المرجع السابق – ص٥٧ و٥٨)

٢- يعرض نص المادة ٨٩٧ مدنى لحالة دائنى التركة الذين لـــيس لهـــم تـــأمين خاص على أموال التركة، ولم يعلموا بالتكليف الذى وجهه المصفى للدائنين، بـــل قـــد يكونون لم يعلموا بموت المدين، فلم تظهر الديون التى لهم على التركـــة فـــى قائمـــة

الجرد، ولم يستطيعوا المنازعة فى القائمة لجهلهم بها. فهؤلاء يبقون فى الغالب مجهولين حتى تتم التصفية ويستولى كل وارث على نصيب على إعتبار أنه خالص من الديون، لا شك فى أن هؤلاء الدائنين تبقى حقوقهم قائمة ما داموا لم يستوفوها، ويستطيعون الرجوع بها على أموال التركة ما بقيت هذه الأموال فى أيدى الورثة، إذ لا تركه إلا بعد سداد الديون، فإذا رجع أحد منهم على عين للتركة فى يد أحد الورثة ونفذ بحقه على هذه العين، رجع الوارث على الورثة الباقين كل بقدر حصته فى الدين، لكن إذا تصرف الوارث فى عين للتركة، أو رتب عليها حقاً عينياً كرهن لأجنبى حسن النية لا يعلم أن هناك دائنين للتركة لم يستوفوا حقوقهم، لم يستطع هؤلاء الدائنون أن يتتبعوا العين أو يتقدموا على الأجنبى، حتى لو لم يشهر حق الإرث أو شهر ولم تنقض سنة من وقت شهره واستطاع الدائنون أن يؤثروا بحقوقهم على هامش تسجيل حق الإرث قبل إنقضاء هذه السنة، ذلك لأن التصفية الجماعية تقطع السبيل على دائنى التركة الذين لم يتقدموا فى التصفية، وإذا كانت التصفية لا تحمى الورثة من هؤلاء الدائنين مادامت أعيان التركة باقية فى أيديهم، فإنها تحمى الغير. ومن يتعامل مع الوارث بحسن نية بعد إنتهاء التصفية من حقه أن يطمئن إلى أن التصفية قد خلصت التركة من العين، فلا يجوز لدائن لم يظهر فى التصفية أن يتتبع علينا للتركة تحت يده أو أن يتقدم فيها، وإنما يجوز لهذا الدائن أن يرجع على الوارث الذى تصرف فى هذه العين أو رتب عليها حقاً عينياً عن طريق غير طريق الإثراء على أعيان التركة التى لا تزال باقية فى يد هذا الوارث.

(الوسيط – ٩ – للدكتور السنهوري – المرجع السابق – ص١٧٢ وما بعدها)

من أحكام القضاء الحديثة:

١ – استحدث المشرع فى القانون المدنى القائم نظاماً لتصفية التركة يكفل حماية مصلحة الورثة ومن يتعامل معهم كما يكفل مصلحة دائنى التركة، فإذا ما تقررت التصفية فإنها تكون جماعية فترتفع بذلك يد الدائنين والورثة عن التركة ويمتنع على الدائنين العاديين من وقت قيد الأمر الصادر بتعيين المصفى إتخاذ إجراءات فردية على أعيان التركة حتى تتم التصفية، وبهذا تتحقق المساواة الفعلية بينهم كما هو الحال فى الإفلاس التجارى وتنتقل أموال التركة إلى الورثة خالية من الديون، فيتحقق المبدأ القانونى بأن (لا تركة إلا بعد سداد الديون) على وجه عملى. وأنه وإن كان القانون قد أوجب رفع المنازعة فى صحة الجرد فى ميعاد ثلاثين يوماً، إلا أنه جعل انفتاح هذا الميعاد رهناً بقيام المصفى بإخطار المنازع بإيداع القائمة محل المنازعة، أما ذوو الشأن الذين لم يخطروا بإيداع القائمة فلا يتقيدون بداهة بهذا الميعاد القانونى لتوقف الإلتزام به على حصول الإخطار بإيداع القائمة، ومن ثم فإن لهؤلاء أن يرفعوا منازعتهم فى صحة الجرد إلى المحكمة فى أى وقت إلى ما قبل تمام التصفية ونص المادة ٨٩٧ مدنى من العموم بحيث يشمل جميع الدائنين العاديين الذين لم ينازعوا فى قائمة الجرد قبل تمام التصفية ولا يدع مجال لاستثناء من لم يخطر منهم. بإيداع تلك القائمة. هذا، إلى أن استثناء هؤلاء يترتب عليه إهدار الصفة الجماعية للتصفية

وتفويت ما هدفه المشرع منها تحقيق المساواة بين الدائنين العاديين وتأمين الغير الذى يتعامل مع الورثة فى أمال التركة بعد تمام التصفية من ظهور دائن للتركة ينازعه.

(جلسة ١٩٦٩/١/٢٠ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٢٠ – مدني – ص٤٤٤)

٢- مفاد نص المادة ١/٨٧ من القانون المدني أن أيلولة العقارات إلى الوارث بمقتضى حق الإرث إنما تترتب على مجرد واقعة هي موت المورث وقيام سبب الإرث بالوارث دون أن يكون ذلك متوقفاً على شهره، والنص في المادة ١٣ من قانون تنظيم الشهر العقاري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ غير مقصود به – كما ورد في مذكرته الإيضاحية – الإخلال بالأحكام الواردة في القانون المدني التي تتناول انتقال الحقوق بالميراث.. فالتصرف الصادر من الوارث في حق عيني عقاري تلقاه بمقتضى حق الإرث تنطبق عليه الأحكام العامة المقررة لنوع هذا التصرف فإذا باع الوارث عقاراً تلقاه بالميراث فهو يلتزم بمجرد البيع بالإلتزامات الشخصية التي يلتزم بها البائع ومن بينها الإلتزام بنقل الملكية إلى المشتري وإتخاذ الإجراءات اللازمة لذلك ومن بينها شهر حق الإرث، ومفهوم المواد ٨٧٩/ ٢، ٨٩٧، ٩٠٠، ٩١٤ من القانون المدنى أن المشرع المصري قد غلب مذهب فقهاء الشرع الذي يقضي بأن أموال المورث تنتقل إلى الورثة بمجرد الوفاة سواء كانت التركة مستغرقة بالدين أو غير مستغرقة أما إلتزامات المورث فلا تنتقل إلى ذمة الوارث لمجرد كونه وارثاً إلا في حدود ما آل إليه من أموال التركة، وقانون تنظيم الشهر العقاري حماية لدائني التركة ضد تصرفات الورثة الضارة بحقوقهم نص في المادة ١٤ منه على أنه يجب التأشير بالمحررات المثبتة لدين من الديون العادية على المورث في هامش تسجيل الإشهارات أو الأحكام أو السندات وقوائم الجرد المتعلقة بها ويحتج بهذا التأشير من تاريخ حصوله ومع ذلك إذا تم التأشير في خلال سنة من تاريخ التسجيل المشار إليه فللدائن أن يحتج بحقه على كل من تلقى من الوارث حقاً عينياً عقارياً وقام بشهره قبل هذا التأشير وتطبيقاً لهذا النص فإن لدائن المورث – والموصى له بعقار في التركة إذا لم يسجل يكون في مركز الدائن – إذا أشر بدينه في هامش تسجيل إشهارات الوراثة الشرعية أو الأحكام النهائية أو غيرها من المستندات المثبتة لحق الإرث في خلال سنة من تاريخ شهر حق الإرث أن يحتج عن كل من تلقى من الوارث حقاً عينياً وقام بشهره قبل هذا التأشير فإذا أهمل الوارث شهر حقه لم يلتزم دائن التركة بشهر دينه الذي يظل رغم خفائه عالقاً بأعيان التركة كما لو كانت مرهونة بها، على أنه بالنسبة للوصية فنظرا للمادة التاسعة من قانون تنظيم الشهر العقاري رقم ١١٤ لسنة ٤٦ قد أخضعها للشهر بتسجيل المحرر المثبت لها بحيث يترتب على عدم التسجيل أن الحقوق التي ترمي إلى إنشائها لا تنشأ لا بين طرفيها ولا بالنسبة للغير فإنه يجب تسجيلها قبل مضي سنة من تاريخ شهر حق الإرث حتى يكون للموصى له أن يحتج بها على من تلقى من الوارث حقاً عينياً على العقار الموصى به ولو كان المتصرف إليه قد شهر حقه قبل تسجيل الوصية.

(الطعن رقم ٩٣٩ لسنة ٤٦ ق – تاريخ الجلسة ٢٤ / ٠٦ / ١٩٨١)

مادة (٨٩٨)

يتولى المصفى بعد تسوية ديون التركة تنفيذ الوصايا وغيرها من التكاليف.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية: مادة ٩٠٠ ليبى و ٨٩٥ سورى.

الأعمال التحضيرية:

بعد سداد ديون التركة تنفذ الوصايا وغيرها من التكاليف، ومن التكاليف ما عسى أن يكون على التركة من ضريبة لخزينة الدولة.

(**مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني – الجزء ٦ ص٢٦٢**)

رأى الفقه:

١ – يعرض نص المادة ٨٩٨ مدنى لما يبقى بعد سداد الديون من التكاليف على التركة. وتستوفى ضريبة التركات من التركة بعد سداد ديونها، إذ هى تفرض على صافى أموال التركة. وتنفذ الوصية فى حدود ثلث أموال التركة بعد سداد ديونها أيضاً، إذ أن ديون التركة تقدم على الوصايا، وما جاوز حدود الثلث لا ينفذ إلا بإجازة الورثة.

فالمصفى إذن بعد أن يوفى ديون التركة وهى مقدمة على الوصايا والتكاليف الأخرى، ينفذ التكاليف التى على التركة وينفذ الوصايا إن وجدت فى الحدود المتقدمة.

(**الوسيط – ٩ – للدكتور السنهوري – المرجع السابق – ص١٧٤و١٧٥**)

* * *

obeikan.com

تسليم أموال التركة وقسمة هذه الأموال

مادة (٨٩٩)

بعد تنفيذ إلتزامات التركة يؤول ما بقى من أموالها إلى الورثة كل بحسب نصيبه الشرعى.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية: مادة ٩٠٣ ليبى و ٨٦٠ سورى.

الأعمال التحضيرية:

يراجع- لا حقاً – التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد على نص المادة ٩٠١ مدنى.

رأى الفقه:

١- يعرض نص المادة ٨٩٩ مدنى – والنصوص التالية له – لتسليم المصفى للورثة ما بقى من أموال التركة بعد تصفيتها، أى بعد سداد ديونها وتنفيذ التكاليف والوصايا. ذلك أن التركة بعد هذه التصفية تصبح ملكاً خالصاً للورثة، فيسلمها المصفى لهم كل بحسب نصيبه فى الإرث. وتعتبر هذه الأموال مملوكة للورثة من وقت موت المورث لا من وقت التسليم فحسب. ولكنهم لا يستطيعون التصرف فيها إلا من وقت أن يتسلموا من المحكمة التى تنظر فى شئون التصفية سنداً بملكيتهم للأموال الموروثة، وهم فى ذلك كالورثة فى التركة التى لم تخضع للتصفية الجماعية لا يستطيعون التصرف فى أموال التركة إلا بعد شهر حق الإرث وإن كانوا يملكون هذه الأموال من وقت موت المورث.

(الوسيط – ٩ – للدكتور السنهوري – المرجع السابق – ص١٧٦ و١٧٧)

من أحكام القضاء الحديثة:

١- مفاد نصوص المواد ٨٤٤ و٨٩٩ و٩٠٠ و٩٠١ من القانون المدني أن الوارث لا يتصل أي حق له بأموال التركة ما دامت التصفية قائمة.

(الطعن رقم ٢٨٤ ـ لسنة ٢٢ ق ـ تاريخ الجلسة ٠٨ / ٠٣ / ١٩٥٦)

٢- النص في المادة الأولى من المرسوم بقانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٥٢ بفرض ضريبة على التركات على أن "تفرض على التركة ضريبة تعتبر مستحقة من وقت الوفاة وتحتسب على صافي قيمة تركة كل من يتوفى من تاريخ العمل بهذا القانون"، مؤداه أن الشارع نظم تصفية ضريبية جبرية للتركة تؤكد الأحكام المدنية لتصفية التركة وتعمل عملها، فتقدر أصولها وخصومها وما يبقى بعد خصم الخصوم من الأصول يعتبر صافياً للتركة، تفرض عليه الضريبة جملة وبعد سداد هذه الضريبة

يؤول ما بقي من أموالها إلى الورثة كل بحسب نصيبه الشرعي على ما أفصحت به المادة ٨٩٩ من القانون المدني.

(**الطعن رقم ٣٦٩ ـ لسنة ٣١ ق ـ تاريخ الجلسة ٣١ / ٠١ / ١٩٦٨**)

٣- إنه وإن كان مفاد نصوص المواد ٨٨٤ و ٨٩٩ و ٩٠٠ و ٩٠١ من القانون المدني أن الوارث لا يتصل أي حق له بأموال التركة ما دامت التصفية قائمة، إلا أن أوراق الطعن وقد خلت مما يدل على أن التركة خضعت لإجراءات التصفية المنصوص عليها في المادة ٨٧٦ وما بعدها من القانون، وإنما أقام مورث الطاعنين الإعتراض على قائمة شروط البيع بصفته حارسا قضائيا على التركة المذكورة، وهو ما يختلف عن التصفية، فلا محل لتطبيق أحكامها.

(**الطعن رقم ٢٤٩ ـ لسنة ٣٦ ق ـ تاريخ الجلسة ١٥ / ١٢ / ١٩٧٠**)

٤- المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن شخصية الوارث تستقل عن شخصية المورث وتنفصل التركة عن أشخاص الورثة وأموالهم الخاصة، وتتعلق ديون المورث بتركته ولا تشغل بها ذمم ورثته، ومن ثم لا تنتقل التزامات المورث إلى ذمة الوارث لمجرد كونه وارثاً إلا في حدود ما آل إليه من أموال التركة.

(**الطعن رقم ٢٣٨٣ ـ لسنة ٦٧ ق ـ تاريخ الجلسة ٠٨ / ٠٦ / ١٩٩٩**)

٥- إذ كان الحكم المطعون فيه - بعد أن قضى بإبطال عقود البيع الثلاثة الصادرة من مورث الطاعن لورودها على ملك الغير - ألزم ورثته برد ما اقتضاه مورثهم من ثمن وبتعويض عما ارتكبه المورث من خطأ، وذلك من أموالهم الخاصة في حين أنهم- على ما سلف ذكره- لا يسألون عن ديون مورثهم إلا في حدود ما آل إليهم من تركته، فإنه يكون قد خالف القانون.

(**الطعن رقم ٢٣٨٣ ـ لسنة ٦٧ ق ـ تاريخ الجلسة ٠٨ / ٠٦ / ١٩٩٩**)

* * *

مـــادة (٩٠٠)

١ـ يسلم المصفى إلى الورثة ما آل إليهم من أموال التركة.

٢ـ ويجوز للورثة بمجرد انقضاء الميعاد المقرر للمنازعات المتعلقة بالجرد المطالبة بأن يتسلموا بصفة مؤقتة، الأشياء أو النقود التى لا تحتاج لها فى تصفية التركة. أو أن يتسلموا بعضاً منها وذلك مقابل تقديم كفالة أو بدون تقديمها.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية: مادة ٩٠٤ ليبى و ٨٦١ سورى.

الأعمال التحضيرية:

يراجع – لاحقاً – التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد على نص المادة ٩٠١ مدنى.

رأى الفقه:

١– المصفى هو الذى يقوم بتسوية ديون التركة، وهو الذى يقوم بالوفاء بكل ما على التركة من إلتزامات. وعليه بعد ذلك أن يسلم للورثة ما بقى من التركة من أموال سواء أكانت هذه الأموال عقارية أم منقولة. ومع ذلك فالورثة فور انقضاء الميعاد المقرر للمنازعات المتعلقة المطالبة بأن يتسلموا بصفة مؤقتة الأشياء أو النقود التى لا يحتاج لها فى تصفية التركة وقد يكون ذلك مقابل كفالة أو حتى دون تقديم كفالة والقاعدة هي أيلولية تركة المورث إلى ورثته فور الوفاة، وتحق الأيلولة بقوة القانون، ومع ذلك فلا يكون للورثة التصرف فيها إلا من الوقت الذى يتسلمون فيه من المحكمة التى تنظر فى شئون التصفية سنداً بملكيتهم للأموال الموروثة.

(الحقوق العينية الأصلية – للدكتور محمد علي عمران – المرجع السابق – ص٥٨ و٥٩)

٢– ليس من الضرورى أن ينتظر الوارث نهاية التصفية قبل أن يتسلم بعضاً مما يؤول إليه من أموال التركة، فمن المحتمل بعد انقضاء الميعاد المقرر لرفع المنازعات المتعلقة بقائمة الجرد وهو ثلاثين يوماً من يوم إخطار آخر وارث بإيداع الأئمة قلم كتاب المحكمة أن يتبين من الرجوع إلى القائمة وما يقدم فيها من منازعات أن التركة ظاهرة اليسار وأن المصفى ليس فى حاجة للاحتفاظ بجميع أموال التركة لتصفيتها، ففى هذه الحالة يجوز للوراث أن يطالب المصفى بأن يسلمه فوراً كل نصيبه أو بعضه فى الأشياء والنقود التى لا يحتاج لها المصفى فى تصفية التركة، فيسلمه المصفى ما طلبه على أن يخصم من نصيبه النهائى فى الميراث. ويطالب المصفى الوارث بكفالة أو لا يطالبه بها حسب مقدار يسار التركة. فإن كان اليسار كبيراً لم يطالبه بتقديم كفالة، إذ لا يتضمن تسلم الوارث لأى من أموال التركة أى خطر، إن كان يسار غير كبير طالبه بتقديم كفالة إذ قد يتبين فى النهاية أن المال الذى تسلمه الوارث لازم

لتصفية التركة فتضمن الكفالة رد هذا المال. وما تسلمه الوارث من الأموال وقتئذ يستطيع التصرف فيه دون انتظار لنهاية التصفية وتسلم شهادة الإرث.

(**الوسيط – ٩ – للدكتور السنهوري – المرجع السابق – ص١٧٦ وما بعدها**)

من أحكام القضاء الحديثة:

١– مفاد نصوص المواد ٨٤٤ و٨٩٩ و٩٠٠ و٩٠١ من القانون المدني أن الوارث لا يتصل أي حق له بأموال التركة ما دامت التصفية قائمة.

(**الطعن رقم ٢٨٤ ـ لسنة ٢٢ ق ـ تاريخ الجلسة ٠٨ / ٠٣ / ١٩٥٦**)

٢– إنه وإن كان مفاد نصوص المواد ٨٨٤ و ٨٩٩ و ٩٠٠ و ٩٠١ من القانون المدني أن الوارث لا يتصل أي حق له بأموال التركة ما دامت التصفية قائمة، إلا أن أوراق الطعن وقد خلت مما يدل على أن التركة خضعت لإجراءات التصفية المنصوص عليها في المادة ٨٧٦ وما بعدها من القانون، وإنما أقام مورث الطاعنين الإعتراض على قائمة شروط البيع بصفته حارسا قضائيا على التركة المذكورة، وهو ما يختلف عن التصفية، فلا محل لتطبيق أحكامها.

(**الطعن رقم ٢٤٩ ـ لسنة ٣٦ ق ـ تاريخ الجلسة ١٥ / ١٢ / ١٩٧٠**)

٣– مفاد نص المادة ١/٨٧ من القانون المدني أن أيلولة العقارات إلى الوارث بمقتضى حق الإرث إنما تترتب على مجرد واقعة هي موت المورث وقيام سبب الإرث بالوارث دون أن يكون ذلك متوقفاً على شهره، والنص في المادة ١٣ من قانون تنظيم الشهر العقاري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ غير مقصود به – كما ورد في مذكرته الإيضاحية – الإخلال بالأحكام الواردة في القانون المدني التي تتناول انتقال الحقوق بالميراث.. فالتصرف الصادر من الوارث في حق عيني عقاري تلقاه بمقتضى حق الإرث تنطبق عليه الأحكام العامة المقررة لنوع هذا التصرف فإذا باع الوارث عقاراً تلقاه بالميراث فهو يلتزم بمجرد البيع بالإلتزامات الشخصية التي يلتزم بها البائع ومن بينها الإلتزام بنقل الملكية إلى المشتري وإتخاذ الإجراءات اللازمة لذلك ومن بينها شهر حق الإرث، ومفهوم المواد ٨٧٩/ ٢، ٨٩٧، ٩٠٠، ٩١٤ من القانون المدنى أن المشرع المصري قد غلب مذهب فقهاء الشرع الذي يقضي بأن أموال المورث تنتقل إلى الورثة بمجرد الوفاة سواء كانت التركة مستغرقة بالدين أو غير مستغرقة أما إلتزامات المورث فلا تنتقل إلى ذمة الوارث لمجرد كونه وارثاً إلا في حدود ما آل إليه من أموال التركة، وقانون تنظيم الشهر العقاري حماية لدائني التركة ضد تصرفات الورثة الضارة بحقوقهم نص في المادة ١٤ منه على أنه يجب التأشير بالمحررات المثبتة لدين من الديون العادية على المورث في هامش تسجيل الإشهارات أو الأحكام أو السندات وقوائم الجرد المتعلقة بها ويحتج بهذا التأشير من تاريخ حصوله ومع ذلك إذا تم التأشير في خلال سنة من تاريخ التسجيل المشار إليه فللدائن أن يحتج بحقه على كل من تلقى من الوارث حقاً عينياً عقارياً وقام بشهره قبل هذا التأشير وتطبيقاً لهذا النص فإن لدائن المورث – والموصى له بعقار في التركة إذا لم يسجل يكون في

مركز الدائن – إذا أشر بدينه في هامش تسجيل إشهارات الوراثة الشرعية أو الأحكام النهائية أو غيرها من المستندات المثبتة لحق الإرث في خلال سنة من تاريخ شهر حق الإرث أن يحتج عن كل من تلقى من الوارث حقاً عينياً وقام بشهره قبل هذا التأشـير فإذا أهمل الوارث شهر حقه لم يلتزم دائن التركة بشهر دينه الذي يظل رغـم خفائـه عالقاً بأعيان التركة كما لو كانت مرهونة بها، على أنه بالنسبة للوصية فنظرا للمـادة التاسعة من قانون تنظيم الشهر العقاري رقم ١١٤ لسنة ٤٦ قد أخضعها للشهر بتسجيل المحرر المثبت لها بحيث يترتب على عدم التسجيل أن الحقوق التي ترمي إلى إنشائها لا تنشأ لا بين طرفيها ولا بالنسبة للغير فإنه يجب تسجيلها قبل مضي سنة من تـاريخ شهر حق الإرث حتى يكون للموصى له أن يحتج بها على من تلقى من الوارث حقـاً عينياً على العقار الموصى به ولو كان المتصرف إليه قد شـهر حقـه قبـل تـسجيل الوصية.

(**الطعن رقم ٩٣٩ ـ لسنـة ٤٦ ق ـ تاريخ الجلسة ٢٤ / ٠٦ / ١٩٨١**)

* * *

obeikan.com

مادة (٩٠١)

تسلم المحكمة إلى كل وارث يقدم إعلاماً شرعياً بالوراثة أو ما يقوم مقام هذا الإعلام، شهادة تقر حقه فى الإرث وتبين مقدار نصيبه منه وتعين ما آل إليه من أموال التركة.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية: مادة ٩٠٥ ليبى و ٨٦١ سورى.

الأعمال التحضيرية:

بعد سداد الديون والوصايا والتكاليف يكون ما بقى من التركة ملكاً خالصاً للورثة، فيسلمه المصفى لهم، كل بحسب نصيبه فى الإرث، وتعتبر هذه الأموال مملوكة للورثة وقت موت المورث لا من وقت التسليم، ولكى يكون لدى الوارث سند بملكيته للأموال الموروثة نص المشروع على أن القاضى الجزئى يسلم إلى كل وارث يقدم إعلاناً شرعياً بالوراثة، أو ما يقوم مقام هذا الإعلام، شهادة تقرر حقه فى الإرث وتبين مقدار نصيبه منه وتحدد ما آل إليه من أموال التركة.

ويستطيع الوارث من وقت تسلمه لشهادة الإرث أن يتصرف فيما آل إليه من مال التركة بل يستطيع أن يتصرف فيها قبل ذلك إذا انقضى الميعاد المقرر لتقديم المنازعات فى قائمة الجرد (خمسة عشر يوماً) وطلب الوارث من المصفى أن يتسلم بصفة مؤقتة الأشياء أو النقود التى لا يحتاج لها فى تصفية التركة كلها أو بعضها فى مقابل تقديم كفالة أو دون تقديمها، فما تسلمه من الأموال وقتئذ يستطيع التصرف فيه.

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني – جزء ٦ – ص٢٦٦)

رأى الفقه:

١– تسلم المحكمة لكل وارث بعد تصفية التركة وعند تسلم الورثة ما بقى من أعيان التركة سند ملكيته للأموال المورثة، وهذا السند هو شهادة الإرث، يحصل عليها الوارث من المحكمة بعد أن يقوم لها إعلاماً شرعياً بالوراثة أو ما يقوم مقام هذا كحكم صادر من المحكمة المختصة بإستحقاقه فى الإرث إذا ما أنكر عليه باقى الورثة حقه كوارث فاستصدر هذا الحكم فى مواجهتهم. وهذه الشهادة التى يتسلمها من المحكمة ورقة رسمية تقرر حقه فى الإرث وتبين مقدار نصيبه فى التركة وتعين أموال التركة التى آلت إليه بعد التصفية، ويستطيع الوارث أن يشهر حقه فى الإرث عن طريق تسجيله لهذه الشهادة، إذ هى تتضمن كل البيانات اللازمة.

(الوسيط – ٩ – للدكتور السنهوري – المرجع السابق – ص١٧٨)

٢– تسلم المحكمة بعد إنتهاء التصفية إلى كل وارث يقدم إشهاداً شرعياً بالوراثة أو ما يقوم مقام هذا الإشهاد، شهادة تقرر حقه فى الإرث وتبين مقدار نصيبه منه وتعين ما آل إليه من أموال التركة. ويستطيع الوارث أن يشهر حقه فى الإرث عن

طريق تسجيله لهذه الشهادة، ولا يستطيع أن يقرر للغير حقاً عينياً على عقار من عقارات التركة الموروثة إلا إذا أشهر حقه فى الإرث.

(**الحقوق العينية الأصلية – للدكتور محمد علي عمران – المرجع السابق – ص٥٩**)

من أحكام القضاء الحديثة:

١- أراد المشرع أن يضفى على شهادة الوفاة، والوراثة حجية ما لم يصدر حكم على خلافها، ومن ثم جاز لذوى الشأن ممن لهم مصلحة فى الطعن على الإشهاد أن يطلبوا بطلانه سواء أكان ذلك فى صورة دعوى مبتدأة أم فى صورة دفع.

(**نقض – جلسة ١٩٦٤/٣/١١ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ١٥ – مدني – ص٣٤٠**)

٢- لئن كان ذلك المال شرطاً لصحة دعوى الوراثة، إلا أنه يحق لمدعيها إثبات الوراثة أولاً ثم إثبات المال والإدعاء بعدم وجود تركة للمتوفى، لا يصلح دفعاً لدعوى الوفاة والوراثة، ولا يفيد ذلك الإدعاء بتصرف المورث فى تركه قبل موته.

(**نقض – جلسة ١٩٧٦/١/٧ – المرجع السابق – السنة ٢٧ – ص١٤٦**)

٣- دعوى إثبات الوفاة والوراثة، تضمين صحيفتها بيان بأعيان التركة المخلفة من المتوفى، كفايته لسمعها، ولا يمنع من ذلك خلوها من تحديد واضع اليد على التركة.

(**نقض – جلسة ١٩٧٦/١/١٤ – المرجع السابق – ص٢٢٢**)

٤ – دعوى الإرث الحكم فيها دون إجراء تحريات مسبقة من الجهات الإدارية، لا خطأ. التحريات المشار إليها فى المادة ٣٥٧ من اللائحة الشرعية قبل إلغائها بالقانون ٦٨ لسنة ١٩٦٤، يقتصر تطبيقها على طلبات تحقيق الوفاة والوراثة، حتى هذا أصبح متروكاً لتقدير المحكمة وفقاً للتعديل المشار إليه.

(**نقض – جلسة ١٩٧٦/٣/١٧ – المرجع السابق – ص٦٨٥**)

٥- شهادة الميلاد، وصحيفة الحالة الجنائية، وشهادة المعاملة العسكرية، لا حجية لها فى إثبات الوراثة. لقاضى الموضوع سلطة بحث ما يقدم له من الدلائل والمستندات وترجيح ما يطمئن إليه منها وإطراح ما عداها دون ما رقابة من محكمة النقض.

(**نقض – جلسة ١٩٧٦/٢/٢٥ – المرجع السابق – ص٥٠٧**)

٦- إذا كان الإعلام الشرعى، وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض، يصدر بناء على إجراءات تقوم فى جوهرها على تحقيقات إدارية يصح أن ينقضها بحث تقوم به السلطة القضائية المختصة، وكانت المحكمة قد رجحت البيئة، فإن مفاد ذلك أنها لم تجد فى تحريات الإشهار ما يستأهل الرد عليها.

(**نقض – جلسة ١٩٧٦/١/٢١ – المرجع السابق – ص٢٧١**)

٧- الملكية لا تنتقل إلى المشترى إلا بتسجيل عقد البيع والعقد الذى لم يسجل لا ينشئ إلا إلتزامات شخصية بين طرفيه، فإذا لم يسجل المشترى من المورث عقده، فلا تنتقل إليه الملكية ويبقى العقار على ملك المورث وينتقل منه إلى ورثته، فإذا تصرف

الوارث بالبيع بعد ذلك فى ذات العقار، فإنه يكون قد تصرف فيما يملك تصرفاً صحيحاً وإن كان غير ناقل للملكية طالما لم يتم تسجيل العقد.

(نقض – جلسة ١٩٧٧/٦/٢٨ – المرجع السابق – السنة ٢٨ ص١٥٣٢)

٨– الشهادة على الإرث، ختمها بعبارة: (إلا وارث له سوى من ذكر) أو: (لا علم له وارثاً غيره) ليس شرطاً صحتها. وجوبها عند بعض الفقهاء كشرط لتريث القاضى فى قضائه حال حضور الشاهد الإرث بنفسه.

(نقض – جلسة ١٩٧٨/٥/٣١ – المرجع السابق – السنة ٢٩ – ص١٣٨٣)

٩– إعلامات الوراثة الشرعية دليل على ملكية الوارث لنصيبه فيما يثبت أنه كان ملكاً للمورث عند وفاته. دخول عين معينة فى التركة، لا حجية للإعلام الشرعى بشأنه.

(نقض – جلسة ١٩٨٠/٢/٢٨ – الطعن ٤٣١ لسنة ٤٤ق – لم ينشر بعد)

١٠– إجراءات تحقيق الوفاة والوراثة المبنية بالمادة ٩٣٤ من الكتاب الرابع من قانون المرافعات التى تصدرها المحكمة فى نطاق سلطتها الولائية بناء على الطلب المقدم من الورثة أو الموصى إليهم، جواز الاسترشاد بها فى تحقيق صحة البيانات التى يوردها المدعى فى صحيفة دعوى الوفاة والوراثة متى فعلها بالطريق العادى.

(نقض – جلسة ١٩٨٢/٢/١٦ – الطعن ٦ لسنة ٥١ق – لم ينشر بعد)

١١– أيلولة التركة نهائياً للورثة، شرطها أداء مصاريف التجهيز وديون المورث وما ينفذ من وصاياه.

(نقض – جلسة ١٩٨٣/٦/٢٨ – الطعن ٤٤ لسنة ٤٩ق – لم ينشر بعد)

١٢– وحيث أن الطعن أقيم على سببين ينعى بهما الطاعن على الحكم المطعون فيه القصور في التسبيب والفساد في الإستدلال وفى بيان ذلك يقول أن حقيقة الدعوى أمام محكمة أول درجة هي إبطال إعلام وراثة ويجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات وقد قرر من إستشهد به أن المطعون ضده طلق زوجته ولم يراجعها حتى وفاتها. إلا أن الحكم إنتهى إلى أن الدعوى إثبات طلاق وأقام قضاءه بعدم سماعها على سند من الفقرة الثالثة من المادة ٩٩ من اللائحة الشرعية رغم أنها خاصة بدعاوى الزوجية والطلاق. ولا تحكم دعاوى الوفاة والوراثة. دون أن يقيم الدليل على مراجعته للمورثة وأنها توفيت وهي في عصمته وبرغم الأدلة الشرعية وغير الشرعية التى قدم بها الطاعن تدل على أن المتوفاة توفيت دون وارث ظاهر لها ومن تؤول تركتها إليه بإعتبارها تركة لا المطعون فيه يكون معيباً بالخطأ في تطبيق القانون والقصور في التسبيب والفساد في الإستدلال بما يستوجب نقضه.

وحيث أن هذا النعى مردود ذلك أن المقرر في قضاء هذه المحكمة أن إنكار الورثة الذى يستدعى صدور حكم على خلاف الإعلام الشرعي يجب أن يصدر من وارث حقيقي ضد آخر يدعى الوراثة وبنك ناصر الإجتماعي لا يعتبر وارثاً بهذا المعنى وإنما تؤول إليه التركة على أنها من الضوائع التى لا يعرف لها مالك لما كان ذلك وكان لمحكمة النقض ان ترد الحكم لأسبابه الصحيحة طالما أنه إنتهى إلى نتيجة

صحيحة في القانون وكانت دعوى الطاعن هي إبطال الإعلام الشرعي فيما ورد به من أن المطعون ضده ليس زوجا للمتوفاه لطلاقه لها قبل وفاتها وكان البنك الطاعن غير وارث لها فإنه لا يجوز له أن يطلب الحكم ببطلان ذلك الإعلام ويكون النعى على الحكم المطعون فيه على غير أساس.

(الطعن ٥٩ لسنة ٥٩ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٩٠/٢/٢٧ س٤١ ص٦١٥)

١٣- حيث أن الوقائع على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق تتحصل في أن المطعون عليه الأول أقام الدعوى رقم..... لسنة..... كلى أحوال شخصية دمنهور ضد الطاعنة للحكم أولاً بثبوت وفاة المرحوم.... بتاريخ ١٩٨٢/٨/٣١ وإنحصار أرثه في زوجته المطعون عليها الخامسة وأبنته (الطاعنة) وفى أبناء عمومته المطعون عليهم الأول والثانى وموروث كل من الثالث والرابع وموروث المطعون عليهم من السادس إلى الرابع عشر. ثانياً بثبوت وفاة المرحوم.... بتاريخ ١٩٨٣/١/١٦ وإنحصار أرثه في ولديه (المطعون عليهما) الثالث والرابع. وبعد أن سمعت المحكمة بينة الطرفين. حكمت بتاريخ ١٩٨٥/٦/٢٤ برفض الدعوى. إستأنف المطعون ضدهم الأربعة الأول هذا الحكم بالإستئناف رقم ١٩٨٥/٥٢ شرعي عالى الإسكندرية (مأمورية دمنهور) بتاريخ ١٩٨٢/١١/١٩ حكمت المحكمة بإلغاء الحكم المستأنف فيما قضى في الشق الأول وبثبوت وفاة المرحوم.... بتاريخ ١٩٨٢/٨/٣١ وإنحصار إرثه الشرعي في زوجته ولها ١/٨ تركته فرضاً وفى إبنته ولها ١/٢ تركته فرضاً وفى أبناء عمومته ولهم باقى تركته تعصيباً بالسوية فيما بينهم وبتأييد قضائه في الشق الثاني. طعنت الطاعنة في هذا الحكم بطريق النقض بالطعن رقم ٥٦/١٢٨ق أحوال شخصية. وبتاريخ ١٩٨٨/٤/١٩ حكمت المحكمة ببطلان الطعن. طعنت الطاعنة في هذا الحكم بطريق النقض بالطعن الماثل وقدمت النيابة مذكرة أبدت فيها الرأي بعدم جواز الطعن. عرض الطعن على هذه المحكمة في غرفة مشورة فحددت جلسة لنظره وفيها إلتزمت النيابة رأيها.

وحيث إن الطاعنة تلتمس الحكم لها بالطلبات الواردة في صحيفة الطعن قم ٥٦/١٢٨ق أحوال شخصية على سند من وقوع غش من الخصوم كان من شأنه التأثير في الحكم إذ تعمدوا عدم إتمام الإجراءات. لما كان ذلك وكان من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الغش بفرض وقوعه لا يعتبر سببا لإلغاء الأحكام الإنتهائية عن طريق رفع دعوى مستقلة أو فى صورة دفع لدعوى مبتدأه وإنما هو سبب لإلتماس إعادة النظر فيها وهذا الطريق لا يقبل في أحكام النقض التى لا يجوز الطعن فيها بأي طريق من طرق النقض، وهي نهاية المطاف في الخصومة. وكان حكم النقض في الطعن رقم ٥٦/١٢/٨ق أحوال شخصية قد فصل فيه ببطلان الطعن فإنه لا يجوز بعد ذلك الطعن فيه بطريق إلتماس إعادة النظر مما يتعين معه القضاء في الطعن بعدم جواز نظره.

(الطعن ١٦٢ لسنة ٥٨ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٩٠/١١/٢٠)

١٤- وحيث أن الطعن أقيم على ثلاثة أسباب تنعى الطاعنات بأولها على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون وفى بيان ذلك يلقن أنه لما كان الحكم الذي

يصدر بإثبات الوفاة والوراثة من السلطة القضائية بناء على تحقيق تجريه لـه حجيـة الشئ المحكوم فيه إلى أن تهدر بحكم ببطلانه وقد قضى لهن بموجب الحكم الـصادر في الدعوى رقم ٤٤٣ لسنة ١٩٨٠ كلى أحوال شخصية دمنهور بثبوت وفاة المرحومة ..... وإنحصار إرثها الشرعي فيهن دون ما شريك ولا وارث آخر سواهن وإذ حاز هذا الحكم حجية مطلقة بإنشائه حالة مدنية وكان قد تمسكن أمام محكمـة الموضـوع بدرجتيها بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها بموجب ذلك الحكم فـإن الحكـم الإبتدائي إذ قضى برفض هذا الدفع وأيده الحكم المطعون فيه فإنه يكـون معيبـاً بمـا يستوجب نقضه.

وحيث أن هذا النعى غير سديد ذلك أنه وإن كان الإعلام الشرعي تـدفع حجيتـه وفقاً لنص المادة ٣٦١ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية بحكم يصدر مـن المحكمـة المختصة إلا أن الحجية المطلقة للأحكام الصادرة في مسائل الأحوال الشخصية وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة لا يكون إلا للأحكام التى تنشئ الحالة المدنية لا تلـك التى تقررها فتكون حجيتها نسبية قاصرة على أطرافها لا تتعداهم إلى الغير. لما كـان ذلك وكانت الطاعنات لا يجادلن فى أن المطعون ضدهم لم يكونوا طرفاً فـي الحكـم الصادر في الدعوى رقم ٤٤٣ لسنة ١٩٨٠ كلي أحوال شخصية دمنهور وكـان مـا إنتهى إليه الحكم الصادر في تلك الدعوى من ثبوت وفاة المورثة وإنحصار إرثها فـي الطاعنات بإعتبارهن بنات شقيقها المرحوم..... لا ينشئ حالة مدنية إنما يقرر صفتهن النسبية للمورثة ومن ثم تكون حجيته نسبية قاصرة على أطرافها ولا يقبل التحدى بـه قبل المطعون فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى برفض الدفع بعدم جواز نظر الـدعوى يكون قد أعمل صحيح القانون ويكون النعى عليه بالخطأ في تطبيق القانون على غيـر أساس.

وحيث أن الطاعنات ينعين بالسببين الثاني والثالث على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون والإخلال بحق الدفاع والفساد في الإستدلال والقصور في التـسبيب وفى بيان ذلك تبين بدفاع مبناه أن المطعون ضدهم لا يلتقيان والمورثة إلى أهل جامع مشترك بينهما بما تنتفى معه بينهما الصلة الموجبة للتوريث فبينما تدعى المورثـة... فإن المطعون ضدهم هم أبناء... وقدمن تدليلاً لهذا الدفاع صورة رسمية من وثيقة عقد زواج المرحوم.... والذاى إنعقد في ١٨٩٩/١٢/٢٩ وإذ لم يعتد الحكم المطعون فيـه بهذا المستند وإلتفت عن هذا الدفاع الجوهري الذى يتغير به وجه الرأي في الـدعوى على ما أورده بمدوناته من إنهن لم يقدمن أصل تلك الوثيقة ورجـح بينـه المطعـون ضدهم على بينتهم المؤيدة بالمستندات ولم يورد أسباباً لذلك فإنـه يكـون معيبـاً بمـا يستوجب نقضه.

وحيث أن هذا النعى مردود ذلك أن المقرر في قضاء هذه المحكمة أن لمحكمـة الموضوع السلطة التامة في تقدير الأدلة المقدمة في الدعوى وترجيح ما تطمئن إليـه منها وفى إستخلاص ما تراه متفقاً مع واقع الدعوى دون رقابة عليها فـي ذلـك مـن محكمة النقض طالما جاء إستخلاصها سائغاً. وكان الحكم المطعون فيه قد أقـام قـضاءه بثبوت الصلة الموجبة للتوريث بين المطعون ضدهم والمورثة وأنهم أولاد أبن عمهـا....

من بينه المطعون ضدهم وعقد البيع المقدم بالأوراق المحرر بين.... وإبنه..... وأن أحد شهود هذا العقد هو... والد المورثة... وكان هذا من الحكم إستخلاص سائغ مما له أصله الثابت في الأوراق ويؤدى إلى ما رتبه عليه من القضاء فإن ما يثيره الطاعنات بهذا النعى لا يعدو أن يكون جدلاً موضوعياً في تقدير محكمة الموضوع لأدلة الدعوى لا يجوز التحدى به أمام محكمة النقض.

(الطعن ٧٥ لسنة ٥٨ق - أحوال شخصية - جلسة ١٩٩١/١٢/١٧ لم ينشر بعد)

١٥- حيث أن الطعن أقيم على سببين تنعى بهما الطاعنة على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه والقصور في التسبيب والإخلال بحق الدفاع وفى بيان ذلك تقول أن الحكم المطعون فيه إذ أسس قضاءه ببطلان الإشهاد في حين أن الزوجية ثابتة بمقتضى وثيقة الزواج الذى تم في لبنان والذى يحكمه قانونه والصادرة من محكمة بيروت الشرعية والمصدق عليها من وزارة الخارجية اللبنانية ووزارة الخارجية المصرية وإذ لم يعتد الحكم المطعون فيه بهذه الوثيقة لإثبات الزوجية فإنه يكون معيباً بما يستوجب نقضه.

وحيث أن هذا النعى سديد ذلك أن المقرر في قضاء هذه المحكمة أن للزوجين أن يبرما زواجهما في الشكل الذى يقتضيه قانوهما الشخصى أو يبرماه في الشكل المقرر بقانون البلد الذى عقد فيه. لما كان ذلك وكان إثبات الزواج يخضع للقانون الذى يحكم شكله وكان الحكم المطعون فيه لم يعتد بعقد زواج الطاعنة والذى تم في الشكل الذى يتطلبه القانون إذ إنه عقد بمحكمة بيروت الشرعية ومصدق عليه من وزارة الخارجية اللبنانية ووزارة الخارجية المصرية ووزارة العدل فإنه يكون معيباً بما يوجب نقضه على أن يكون مع النقض الإحالة.

(الطعن ٤٣ لسنة ٥٨ق - أحوال شخصية - جلسة ١٩٩٢/١/٢٨ س٤٣ ص٢٤٩)

١٦- وحيث أن مما تنعاه الطاعنات على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون وفى بيان ذلك يقلن أنه يشترط لقبول الشهادة على الإرث أن يبين الشهود صلة القرابة الموصلة إلى سبب الإرث بنسب الميت والوارث حتى يلتقيا إلى أصل واحد وأن شاهدى المطعون ضدهم لم يشهدا بشئ من ذلك وإقتصرت شهادتهما على القول بأن مورث المطعون ضدهم المرحوم.... هو إبن عم المرحوم.... فتكون شهادتهما على الإرث غير مقبولة. وإذ عول الحكم المطعون فيه في قضاءه على هذه الشهادة فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون.

وحيث أن هذا النعى صحيح ذلك أنه لما كانت أحكام الشريعة الإسلامية والتقنيات المستمدة منها تسرى على جميع المصريين مسلمين أو غير مسلمين في شأن المواريث ومنها تعيين الورثة وتحديد أنصبائهم وكان سبب الإرث العضوية النسبية فإن فقه الحنفية وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة يشترط لصحة الشهادة بالإرث في هذه الحالة أن يوضح الشاهد سبب الوراثة الخاص الذى بمقتضاه ورث به المدعى الميت، بحيث يذكر نسب الميت والوارث حتى يلتقيا إلى اصل واحد. والحكمة من ذلك تعريف الوارث تعريفاً يميزه عن غيره. ويبين للقاضى أنه وارث حقيقي لتعرف نصيبه الميراثي. لما كان ذلك وكان الثابت في محضر التحقيق الذى أجرته محكمة

أول درجة أن شاهدي المطعون ضدهم وإن شهدا بأن مورثهم من ورثة المرحوم .... إلا إنهما لم يبينا في شهادتهما نسب المشهود له والمتوفى المذكور وإلتقاءه به عند أصل واحد، فإن شهادتهما بذلك تكون غير مقبولة. وإذ قضى الحكم المطعون فيه رغم ذلك بوراثة مورث المطعون ضدهم لمورث الطاعنات على سند من تلك الشهادة فإنه يكون قد أقام قضاءه على بينه غير مقبولة شرعاً مما يعيبه بالخطأ فى تطبيق القانون ويوجب نقضه دون حاجة لبحث باقى أوجه الطعن.

(الطعن ١٤ لسنة ٦٠ق - أحوال شخصية - جلسة ١٩٩٣/١/٢٦ س٤٤ ص٣١٥)

١٧- وحيث أن الوقائع على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر أوراق الطعن تتحصل في أن المطعون ضدها الأولى أقامت الدعوى رقم .... لسنة .... كلي أحوال شخصية شمال القاهرة على الطاعن وباقى المطعون ضدهم للحكم ببطلان إعلام الوراثة رقم ٢٢٨ لسنة ١٩٧١ الزيتون وإستحقاقها بمفردها لمعاش شقيقها المرحوم.... وقالت بياناً لذلك أن المرحوم .... تزوج من المطعون ضدها الثانية بعقد عرفي وقد إستصدرت إعلام الوراثة المشار إليه بإستحقاقها في تركته مع أن الزوجية غير ثابتة بوثيقة رسمية مما يبطله، وإذ كانت هي شقيقة ومنع عنها المعاش المستحق عنه بسبب هذا الإعلام فقد أقامت الدعوى. وفى ١٩٧٩/٥/٢٧ حكمت المحكمة برفض الدعوى. إستأنفت المطعون ضدها الأولى هذا الحكم لدى محكمة إستئناف القاهرة بالإستئناف رقم... لسنة... ق وبتاريخ ١٩٨٠/١٢/٢٢ قضت المحكمة بتأييد الحكم المستأنف. طعن البنك الطاعن في هذا الحكم بطريق النقض. وقدمت النيابة العامة مذكرة أبدت فيها الرأي بعدم قبول الطعن وإحتياطياً برفضه. وعرض الطعن على المحكمة في غرفة مشورة فحددت جلسة لنظره وفيها إلتزمت النيابة رأيها.

وحيث إن من المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه إذا كان الطاعن قد قبل الحكم الإبتدائى ولم يستأنفه وإنما إستأنفه آخر من الخصوم، ولم يقض الحكم الإستئنافي على الطاعن بشئ أكثر مما قضى عليه الحكم الإبتدائى فلا يقبل منه الطعن على الحكم الإستئنافي بطريق النقض. وكان الثابت من الحكم المطعون فيه أن الإستئناف رفع من المطعون ضدها الأولى دون سواها من المحكوم عليهم فإن الطاعن يكون بذلك قد قبل الحكم الإبتدائي فحاز قوة الأمر المقضى في حقه فلا يكون له الحق في الطعن بطريق النقض في الحكم المطعون فيه ويتعين عدم قبول الطعن.

(الطعن ٤٣٢ لسنة ٥١ق - أحوال شخصية - جلسة ١٩٩٣/١/٢٦)

١٨- وحيث أن حاصل السببين الخامس والثامن النعى على الحكم المطعون فيه بمخالفة القانون وفى بيان ذلك يقول أن إعلام الوراثة يكون حجة على المتصادقين فيه سواء حضروا أو لم يحضروا وأن المطعون ضدهما تم إعلانهما بمادة الوراثة وبإدعاء الطاعن بنوته للمتوفى ووراثته لم ولم ينازعا في ذلك بمادة الوارثة مما يعتبر مصادقة منهما على ذلك هذا بالإضافة إلى أن دعوى النسب لا تقبل بعد وفاة المورث إلا إذا أقيمت ضمن دعوى مال كإرث أو نفقة، وإذ لم يذكر المطعون ضده الأول في دعواه إبتداء أن المتوفى ترك ما يورث عنه فإنه كان يتعين الحكم بعدم سماع دعوى النسب وإذ خالف القانون بما يستوجب نقضه.

وحيث أن هذا النعى مردود في شقة الأول أن من المقرر – في قضاء هذه المحكمة أن حجية الإعلام الشرعي تدفع وفقاً لنص المادة ٣٦١ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية بحكم من المحكمة المختصة وهذا الحكم كما يصدر بناء على دفع يبدى في الدعوى التى يراد الإحتجاج فيها بالإعلام الشرعي يصح أن يكون في دعوى أصلية متى كانت المحكمة التى أصدرته مختصة بنظر الدعوى وأن قضاءها هو الذى يعول عليها ولو خالف ما ورد في الإعلام الشرعي ولا يعد ذلك إهداراً لحجية الإعلام لأن المشرع أجاز هذا القضاء وحد به من حجية الإعلام الشرعي الذى صدر بناء على إجراءات تقوم في جوهرها على تحقيقات إدارية يصح أن ينتقصها بحيث تقوم به السلطة القضائية المختصة ومن ثم أجاز المشرع بالمادة سالفة البيان لذوى الشأن ممن لهم مصلحة في الطعن عليه طلب بطلانه سواء في صورة دفع في دعوى قائمة أو بإقامة دعوى مبتدأة. لما كان ذلك فإنه لا تثريب على الحكم المطعون فيه إذ خالف بقضائه ما ورد بالإعلام الشرعي ويكون النعى عليه بمخالفة القانون على غير أساس. والنعى غير صحيح في شقة الثاني ذلك أنه وإن كان من المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه يشترط لقبول دعوى النسب بعد وفاة طرفيها أو أحدهما أن تكون ضمن دعوى حق التركة يطلبه المدعى مع الحكم بثبوت النسب فإنه لما كان البين من صحيفة دعوى بطلان إعلام الوراثة رقم... لسنة.... فالشروط المقيدة برقم.... لسنة.... كلى أحوال شخصية قنا (مأمورية نجع حمادى) المقامة من المطعون ضده الأول على الطاعن والمطعون ضدها الثانية أنها تضمنت إدعاء المطعون ضده الأول بحق في تركة مورثه البالغ مساحتها فدانين مشاعاً في خمسة أفدنة موضحة بالصحيفة ومن ثم فإن طلبه يكون قد جاء ضمن حق في التركة ويكون النعى بهذا الوجه على غير أساس.

وحيث أن الطاعن ينعى بالسبب التاسع على الحكم المطعون فيه القصور في التسبيب والفساد في الإستدلال وفى بيان ذلك يقول أن الحكم المطعون فيه قد عول على شهادة شاهدى المطعون ضده الذين قررا أن المورث توفى منذ خمسين عاماً تقريباً وهو ما يخالف الثابت بشهادة الوفاة الرسمية وما شهد به شاهدي الطاعن من أن الوفاة وقعت عام ١٩٧٠ وهو ما يؤيد أن المورث توفى بعد ولديه. وإذ أوردهما الحكم المطعون فيه ضمن ورثته رغم ثبوت وفاتهما قبله أخذاً بشهادة شاهدي المطعون ضده حال أن شهادتهما جاءت متناقضة وغير كافية لنفى نسب الطاعن وقبول الحكم المطعون فيه عليها وطرح شهادة شاهدي الطاعن مما جاء بتحريات الشرطة من ثبوت بنوته للمورث فإنه يكون معيباً بما يستوجب نقضه.

(وحيث أن الطعن أقيم على سببين ينعى الطاعنان بأولهما: على الحكم المطعون فيه صدوره على خلاف حكم سابق حاز قوة الأمر المقضى وفى بيان ذلك يقولان أن المطعون ضدها ،وآخر سبق أن أقاما الدعوى رقم.... لسنة.... كلي أسيوط ضد الطاعن الثاني بطلب الحكم بطرده من المنزل الموضح بصحيفة الدعوى بإعتباره غاصباً، وقضى برفضها على سند من أنه ليس غاصب لكونه مالك لحصة فيه بطريق الوصية الواجبة من جدته.... بموجب إعلام الوراثة رقم.... لسنة.... البدارى.

إستأنفت المطعون ضدها هذا الحكم لدى محكمة إستئناف أسيوط بالإستئناف رقم.... لسنة.... ق والذى قضى فيه بتاريخ ١٩٨٨/٣/٦ بإعتبار المستأنفين تاركين الإستئناف ولم يطعن على هذا الحكم بطريق النقض، فقد حاز قوة الأمر المقضى بإستناده على إعلام الوراثة رقم.... لسنة.... البدارى، وإذ قضى الحكم المطعون فيه ببطلان إعلام الوراثة المذكور يكون قد خالف قوة الأمر المقضى بما يستوجب نقضه.

وحيث أن هذا النعى غير مقبول، ذلك أنه لما كان المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه وإن كان الإلتزام بحجية الأحكام من الأمور المتعلقة بالنظام العام وتقضى بها المحكمة من تلقاء نفسها ويجوز بالتالى إثارتها لأول مرة أمام محكمة النقض، إلا أن ذلك مشروط بثبوت أن جميع عناصرها الواقعية التى تسمح بالوقوف عليها والإلمام بها كانت مطروحة أمام محكمة الموضوع، وكانت الأوراق قد خلت مما يفيد إتصال علم محكمة الموضوع بعناصر الحكم المشار إليه بسبب النعى أو ما يدل على سبق تقديمه إليها، فإنه لا يقبل من الطاعنين أن يقدما بعد ذلك رفض طعنهما الماثل صورة من الحكم المذكور لما كان ذلك وكانت العناصر الواقعية لما ورد بسبب النعى لم تكن مطروحة على محكمة الموضوع فإنه يكون سببا جديداً لا تجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض.

وحيث أن الطاعنين ينعيان بالسبب الثاني على الحكم المطعون فيه الإخلال بحق الدفاع وفى بيان ذلك يقولان إنهما طلبا من محكمة الإستئناف بمذكرتيهما المقدمتين منهما بجلستي ١٩٨٩/١١/٧، ١٩٩٠/٤/٣ التحقق من أن المتوفاه في كل من الإعلامين الشرعيين هي المرحومة....، بعدما قدمت المطعون ضدها شهادة وفاة بإسم.... مع أن إسم المتوفاه .... وإسم والدتها ".... " حالة أن إسم والدتها الحقيقي هو "..... " حسبما هو ثابت بشهادة وفاة شقيقتها "...." وتأيد ذلك بالإقرار الصادر من المجلس الشعبي البداري والمؤرخ ١٩٩٠/٦/٢٥ فضلا عن تناقض شاهدي المطعون ضدها في هذا الخصوص إلا أن الحكم المطعون فيه لم يعن بتحقيق ذلك برغم أنه دفاع جوهري قد يتغير به وجه الرأي في الدعوى، مما يعيبه ويستوجب نقضه.

وحيث أن هذا النعى غير مقبول ذلك أن المقرر وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن سبب النعى يجب أن يرجع على الدعامة التى أقام عليها الحكم قضاءه والتى لا يقوم له قضاء بغيرها وكان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أنه يأخذ بالنتيجة التى إنتهى إليها الخبير في تقريره أو بما أسفر عنه تنفيذ حكم التحقيق الذى أمرت المحكمة بإجرائه وإنما إستند إلى حكم المادة ٣٦١ من اللائحة الشرعية الصادرة بالمرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ إذ قضى ببطلان إشهاد الوراثة رقم.... لسنة.... البدارى لصدوره على خلاف الإشهاد رقم.... لسنة.... البدارى دون سلوك طريق الدعوى لإستصدار حكم شرعي على خلاف الإشهاد السابق صدوره، فإن النعى يكون وارداً على غير محل من قضاء الحكم المطعون فيه ومن ثم غير مقبول.

(الطعن ١٧١ لسنة ٦٠ق - أحوال شخصية - جلسة ١٩٩٣/٣/٢٢)

١٩- وحيث أنه عن طلب النيابة العامة نقض الحكم المطعون فيه فإنه المادة ٢١٨ من قانون المرافعات تنص في فقرتها الأولى والثانية على أنه " فيما عدا الأحكام الخاصة بالطعون التى ترفع من النيابة العامة لا يفيد من الطعن إلا من رفعه ولا يحتج به إلا على من رفع عليه، وعلى أنه إذا كان الحكم صادراً في موضوع غير قابل للتجزئة أو في إلتزام بالتضامن أو في دعوى يوجب القانون فيها إختصام أشخاص معينين جاز لمن فوت ميعاد الطعن من المحكوم عليهم أو قبل الحكم أن يطعن فيه أثناء نظر الطعن المرفوع في الميعاد من أحد زملائه منظما إليه في طلباته فإن لم يفعل أمرت المحكمة الطاعن بإختصامه في الطعن وإذا رفع الطعن على أحد المحكوم لهم في الميعاد وجب إختصام الباقين ولو بعد فواته بالنسبة إليهم " وهو ما يتأدى منه أن الشارع بعد أن أرسى القاعدة العامة في نسبية الأثر المترتب على رفع الطعن بأن لا يفيد منه إلا من رفعه ولا يحتج به إلا على من رفع عليه، بين الحالات المستثناه منها وهي تلك التى يستفيد منها الخصم من الطعن المرفوع من غيره أو يحتج عليه بالطعن المرفوع على غيره في الأحكام التى تصدر في موضوع غير قابل للتجزئة أو في إلتزام بالتضامن أو في دعوى يوجب القانون فيها إختصام أشخاص معينين، وقد إستهدف الشارع من ذلك إستقرار الحقوق ومنع تعارض الأحكام في الخصومة الواحدة بما يؤدى إلى صعوبة تنفيذ تلك الأحكام بل وإستحالته في بعض الأحيان، وهو ما قد يحدث إذا لم يكن الحكم في الطعن نافذاً في مواجهة جميع الخصوم في الحالات السالفة التى لا يحتمل الفصل فيها إلا حلا واحدا بعينه، وتحقيقاً لهذا الهدف أجاز الشارع للمحكوم عليه أن يطعن في الحكم أثناء نظر الطعن بالنقض أو بالإستئناف المرفوع في الميعاد من أحد زملائه منضماً إليه في طلباته حتى ولو كان قد فوت ميعاد الطعن أو قبل الحكم. فإن قعد عن ذلك وجب على المحكمة أن تأمر الطاعن بإختصامه في الطعن، كما أوجب على محكمة الإستئناف دون محكمة النقض لما نصت عليه المادة ٢٥٣ من قانون المرافعات الواردة في الفصل الرابع الخاص بالطعن بالنقض عن حكم مغاير أن تأمر بإختصام جميع المحكوم لهم ولو بعد فوات الميعاد، وهو ما يتفق مع إتجاه الشارع إلى الإقلال من دواعى البطلان بتغليب موجبات صحة إجراءات الطعن وإكتمالها على أسباب بطلانها أو قصورها. إعتباراً بأن الغاية من الإجراءات هو وضعها في خدمة الحق. ويساير أيضاً إتجاهه في قانون المرافعات الحالى وعلى ما يبين من مذكرته الإيضاحية إلى عدم الوقوف بالقاضى عند الدور السلبي تاركاً الدعوى لمناضله أطرافها يوجهونها حسب هواهم ووفق مصالحهم الخاصة، فمنحه مزيداً من الإيجابية التى تحقق هيمنته على الدعوى، بعضها أو رده على سبيل الجواز كما هو الشأن في إطلاق الحالات التى يجوز فيها للقاضى الأمر بإدخال من لم يختصم في الدعوى على خلاف القانون الملغى الذى كان يحصرها فأجاز للقاضى في المادة ١١٨ إدخال كل من يرى إدخاله، كما هو الشأن في المادة ٢١٨ سالفة البيان، فإذا ما تم إختصام باقى المحكوم عليهم أو باقى المحكوم لهم إستقام شكل الطعن وإكتملت له موجبات قبوله بما لازمه سريان أثر الطعن في حق جميع الخصوم ومنهم من تم إختصامهم فيه بعد رفعه، أما إذا إمتنع الطاعن عن تنفيذ

ما أمرته به المحكمة فلا يكون الطعن قد إكتملت له مقوماته ويجب على المحكمة ولو من تلقاء نفسها أن تقضى بعدم قبوله، وإذ كانت القاعدة القانونية التى ضمنتها الفقرة الثانية من المادة ٢١٨ من قانون المرافعات إنما يشير إلى قصد الشارع تنظيم وضع بذاته على نحو محدد لا يجوز الخروج عليه على ما سلف بيانه إلتزاماً بمقتضيات الصالح العام وتحقيقاً للغاية التى هدف إليها هوي توحي القضاء في الخصومة الواحدة فإن هذه القاعدة تعتبر من القواعد الأمرة المتعلقة بالنظام العام بما لا يجوز مخالفتها أو الإعراض عن تطبيقها وتلتزم المحكمة بإعمالها إذ كان ذلك وكان البين من الأوراق أن المرحوم.... مورث الطاعنين وكلا من.... و.... أقام الدعوى إبتداء ضد مورثه المطعون ضدهم الخمسة الأول والمطعون ضده السادس، و.... بطلب إبطال إشهاد الوفاة والوراثة الصادر بتاريخ ١٩٦٥/٦/٢٢ في المادة رقم ٥١ لسنة ١٩٦٥ وراثات بندر شبين الكوم وإذ توفى المورث المذكور عجل الطاعنان الأولى والثانية الدعوى من الإنقطاع ضد مورثه المطعون ضدهم الخمسة الأول والمطعون ضده السادس و.... للحكم لهم بذات الطلبات في مواجهة باقى ورثته وهم الطاعن الثالث و.... وإذ حكم إبتدائياً ببطلان إشهاد الوفاة والوراثة سالف البيان، إستأنفت مورثة المطعون ضدهم الخمسة الأول والمطعون ضده السادس فقط هذا الحكم مختصمين الطاعنين الأول والثاني فقط دون باقى ورثة المدعى وهم.... الطاعن الثالث و.... أولاد المرحوم.... وشقيقته.... ولم تأمر المحكمة بإختصامهم في الإستئناف حتى صدور الحكم فيه، وكانت الدعوى بطلب بطلان إشهاد الوفاة والوراثة وهي دعوى إرث مما يوجب القانون فيها إختصام أشخاص بعينهم هم الورثة جميعاً وموضوعها غير قابل للتجزئة لأن الفصل فيها لا يحتمل سوى حل واحد هو بطلان إشهاد الوفاة والوراثة أو صحته فقد كان يتعين أن يستمر إختصام جميع المحكوم لهم حتى صدور حكم نه للخصومة وكان الحكم المطعون وقد قضى بقبول الإستئناف شكلاً وإلغاء الحكم المستأنف وعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها دون إختصام باقى ورثة المرحوم.... وهم أبناؤه.... " الطاعن الثالث " و... وشقيقته.... يكون قد خالف قاعدة إجرائية متعلقة بالنظام العام كانت عناصرها الموضوعية مطروحة على محكمة الموضوع ويتعين على المحكمة إعمالها من تلقاء نفسها مما يبطل الحكم المطعون فيه ويوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة لبحث سببى الطعن.

(الطعن ١٩٥ لسنة ٦٠ق - أحوال شخصية - جلسة ١٩٩٤/٤/٢٦)

٢٠- دعوى الإستحقاق عن طريق الميراث أو دعوى الإرث. شرط قبولها. تضمن الطلبات فيها طلب تغيير بيانات السجل العينى الواردة في قيد حق الإرث بما يفيد أن الوارث الحقيقي هو المالك للعقار وليس الوارث الظاهر والتأشير بهذه الطلبات أمام بيانات السجل المشار إليها وتقديم شهادة دالة على حصول التأشير.

لئن كان مؤدى النص في المادة ٣٢ من القرار بقانون ١٤٢ لسنة ١٩٦٤ بنظام السجل العينى على أن الدعاوى المتعلقة بحق عينى عقاري تشمل دعاوى الإستحقاق ومنها دعوى الإستحقاق عن طريق الميراث أو دعوى الإرث إلا أن الدعوتين الأخيرتين ليستا تلك الدعوى التى يرفعها الوارث الحقيقي على الحائز مطالبا الأخير

بإستحقاقه العقار الموروث وإنما هي عن الدعاوى التى يرفعها الوارث الحقيقي بعد قيد حق الإرث فى السجل العينى لوارث ظاهر مطالباً الأخير بإستحقاقه العقار الموروث. وهذه الدعوى هي التى يجب أن تتضمن الطلبات فيها طلب إجراء المالك للعقار ليس هو الوارث الظاهر بل هو الوارث الحقيقي، ومن ثم يجب أن يؤشر الوارث الحقيقي بهذه الطلبات جميعاً أمام البيانات الواردة في السجل بشأن قيد حق الإرث وأن يقدم شهادة دالة على حصول هذا التأشير حتى تقبل منه دعوى الإرث أو دعوى الإستحقاق عن طريق الميراث. وهو ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للقانون سالف البيان عندما عرضت للغاية المرجوه والمزايا التى يحققها هذا القانون بما أوردته من أنه يحقق الأمان التام لكل من يتعامل على العقار وفق البيانات الثابتة بالسجل العينى إذ أنه بمجرد إثبات البيان بشأن العقار يصبح ممثلاً للحقيقية ونقيا من أي عيب عالق بسند الملكية بعد مضى مواعيد الطعن ذلك أن المبدأ حجر الزاوية للنظام ومعناه أن كل ما هو مقيد في السجل العينى هو الحقيقة بالنسبة للغير مما يقتضىأن يؤشر بالدعاوى التى ترفع ضد البيانات المدرجة في السجل لحماية رافعها من القرينة المطلقة التى تستمد من القيد فيه.

(الطعن ١٣١٢ لسنة ٦١ق – جلسة ١٩٩٦/٣/١٣ س٤٧ ص٤٦٨)

٢١- إن من المقرر شرعاً أن من الحقوق التى لا تقبل الإسقاط حق الإرث، لأنه سبب من أسباب الملك على سبيل الخلافة من الميت، فينتقل به المال إلى الوارث ويدخل في ملكه ولو جبراً عنه ولا يسقط هذا الحق بالترك أو الإتفاق الذى ينطوى على التصرف فيه قبل إنفتاحه لصاحبه وإستحقاقه إياه. وإلا كان ذلك تحايلاً على قواعد الميراث فيقع باطلاً بطلاناً فلا يعتد به، لما كان ذلك، وإذ وقع الحكم المطعون فيه في تناقض بين أسبابه ومنطوقه، إذ إنتهى في الأسباب إلى نتيجة تتعارض مع ما ورد بالمنطوق بحيث لا يمكن أن يتهم على أي أساس أقام الحكم قضاءه. مما يتعين معه نقضه.

(الطعن ٢٠٣ لسنة ٦٢ق - أحوال شخصية - جلسة ١٩٩٦/٣/٢٥)

٢٢- لما كان ذلك، وكانت المادة ٢١٨ من قانون المرافعات قد وردت ضمن الأحكام العامة في الطعن المنصوص عليها بالفصل الأول من الباب الثاني عشر الذى أورد فيها القانون المذكور طرق الطعن في الأحكام، وكان الأصل هو إنطباق الأحكام العامة على كافة طرق الطعن، إلا ما يكون قد ورد بشأنه نص خاص مغاير، مما مؤداه إنطباق حكم الفقرة الثانية من المادة ٢١٨ على الطعن بطريق النقض، وذلك بالنسبة للشق الأول منها سالف الذكر فقط الذى يواجه حالة تعدد المحكوم عليهم، دون شقها الأخير المتعلق بحالة تعدد المحكوم لهم إذ ورد بشأنها في الفصل الخاص بالطعن بطريق النقض حكم مغاير هو ما نصت عليه المادة ٢٥٣ من قانون المرافعات من وجوب إشتمال صحيفة الطعن على أسماء جميع الخصوم الواجب إختصامهم، مما مفاده وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أنه إذا أغفل الطاعن إختصام بعض المحكوم عليهم في الحكم المطعون فيه والصادر في موضوع غير قابل للتجزئة كان طعنه باطلاً ومن ثم غير مقبول، لما كان ما تقدم، وكان البين من مدونات الحكم

المطعون فيه أنه صادر في موضوع قوامه تحقيق وفاة ووراثة المرحوم.... وإنحصار إرثه الشرعي في ورثته، وكان موضوع النزاع بطبيعته لا يقبل التجزئة وإذ لا يحتمل الفصل فيه غير حل واحد، بما لازمه أن يكون الحكم واحداً بالنسبة لهم، ولما كانت المحكمة قد خلصت فيما سلف إلى أن الطعن المقدم من الطاعن الأول عن الحكم المطعون فيه قد رفع صحيحاً، وباطلا بالنسبة للطاعنين الثاني والثالث والرابع، وهو ما إنتهت على أساسه إلى عدم قبول الطعن بالنسبة لهم، فإنه يكون من المتعين إزاء ذلك إختصامهم في الطعن، وهو ما يقضى إعادة الطعن إلى المرافعة ليختصم الطاعن الأول الطاعنين الثاني والثالث والرابع كإجراء واجب قبل الفصل فيه.

(الطعن ٥٠١ لسنة ٦٤ق – جلسة ٦٤ق "أحوال شخصية" جلسة ٢٠٠١/٥/١٤ لم ينشر بعد)

٢٣- وحيث أن هذا النعى في محله. ذلك أن الدعوى بالحق في الإرث تسقط – وعلى ما جاء بالمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني – بثلاث وثلاثين سنة، فإذ سكت الوارث عن المطالبة بحقه في الإرث طوال هذه المدة وأنكر باقى الورثة عليه هذا الحق، ودفعوا دعواه بعدم سماعها، تعين القضاء بعدم جواز سماعها بعد تركها من غير عذر شرعي. فإذا ثبت قيام هذا العذر، فإن المدة التى تمضى مع قيامه لا تعتبر، وتسمع دعواه بقدر نصيبه في التركة. وإذ كان العذر الشرعي لا يخرج عن كونه مانعاً يحول بين الوارث ورفع دعواه، فإن المدة المقررة لعدم السماع لا تسرى مع قيام العذر. لما كان ذلك وكان الثابت في الأوراق أن الطاعنة تمسكت في دفاعها أمام محكمة الإستئناف بوجود مانع أدبي حال بينها وبين مطالبة شقيقها مورث المطعون ضدهم بحقها في الإرث لأنها كانت تعيش في كنفه هي وإبنها من مطلقها منذ طلاقها في عام ١٩٥٠ حتى تاريخ وفاته في عام ١٩٨٥، ولأنه كان يعطيها ريع حصتها المورثة ثم أنكر ورثته عليها ذلك الحق. وأيدت دفاعها بشهادة إدارية صادرة عن المجلس الشعبي بناحية بابل مركز تلا، وأن الحكم المطعون فيه لم يعرض لهذا الدفاع الجوهري الذى قد يتغير بتحقيقه وجه الرأي في الدعوى، فإنه يكون معيباً بقصور يبطله ويوجب نقضه لهذا الوجه دون حاجة لبحث باقى أوجه الطعن.

(الطعن ٢٢ لسنة ٦٤ق جلسة ٢٠٠٣/٢/٢٥ لم ينشر بعد)

* * *

مـــادة (٩٠٢)

لكل وارث أن يطلب من المصفى أن يسلمه نصيبه فى الإرث مفرزاً، وإلا إذا كان هذا الوارث ملزماً بالبقاء فى الشيوع بناء على إتفاق أو نص فى القانون.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية: مادة ٩٠٦ ليبى و ٨٦٣ سورى.

الأعمال التحضيرية:

يسلم المصفى أموال التركة للورثة شائعة فيما بينهم. لكن يجوز لكل وارث أن يطلب من المصفى تسليم نصيبه مفرزاً، إلا إذا كان مجبراً على البقاء فى الشيوع بإتفاق مع الورثة كما فى ملكية الأسرة، أو بنص فى القانون كما فى الشيوع الإجبارى، أو تبعاً لتقدير القاضى، إذا كانت القسمة العاجلة من شأنها أن تؤدى إلى نقص محسوس فى قيمة المال (انظر م ١٢٠٢ فقرة ٢ من المشروع).

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني – جزء ٦ – ص٢٦٨)

رأى الفقه:

١– لكل وارث أن يطلب من المصفى أن يسلمه نصيبه من التركة بعد تسوية ما عليها من الديون مفرزاً، إذ القاعدة إلا يجبر شخص على البقاء فى الشيوع إلا بإرادته أو بمقتضى نص القانون. إذا لم يكن هناك إتفاق على البقاء فى الشيوع، ولم يكن هناك نص فى القانون يوجب الإستمرار فيه، يجب على المصفى أن يسلم الوارث نصيبه متى طلب ذلك.

(الحقوق العينية الأصلية – للدكتور محمد علي عمران – المرجع السابق – ص٥٩)

٢– إذا طلب أحد الورثة من المصفى أن يسلمه نصيبه فى الإرث مفرزاً، فإن أموال التركة بعد تصفيتها تكون شائعة بين الورثة. ولما كان لا يجبر أحد على البقاء فى الشيوع إلا بإتفاق، كما هو الأمر فى ملكية الأسرة، أو بنص فى القانون، كما هو الأمر فى الشيوع الإجبارى، فإن الوارث الذى يطلب تسلم حصته مفرزة، إذا لم يوجد إتفاق أو نص يمنعه من التقوم بهذا الطلب، لابد أن يجاب إلى طلبه ويتعين على المصفى فى هذه الحالة أن يجرى قسمة أموال التركة حتى يفرز نصيب الوارث.

(الوسيط – ٩ – للدكتور السنهوري – المرجع السابق – ١٨١)

* * *

مـادة (٩٠٣)

١- إذا كان طلب القسمة واجب القبول، تولى المصفى إجراء القسمة بطريقة ودية على ألا تصبح هذه القسمة نهائية إلا بعد أن يقرها الورثة بالإجماع.

٢- فإذا لم ينعقد إجماعهم على ذلك، فعلى المصفى أن يرفع على نفقة التركة دعوى بالقسمة وفقاً لأحكام القانون، وتستنزل نفقات الدعوى من أنصاب المتقاسمين.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية: مادة ٩٠٧ ليبى و ٨٦٤ سورى.

الأعمال التحضيرية:

إذا لم يوجد مانع من إجابة الوارث إلى طلب تسليم نصيبه مفرزاً تولى المصفى تجنيب حصته مفرزة بالإتفاق مع الورثة. فإن لم يتفقوا جميعاً رفع دعوى القسمة، وتكون نفقاتها على التركة. ويسرى على هذه الدعوى أحكام دعاوى القسمة، ويترتب عليها نفس الأحكام(١).

رأى الفقه:

١- يتولى المصفى تجنيب حصة مفرزة للوارث متى اتفق الورثة جميعاً على ذلك، فإن لم يتفقوا جميعاً رفع دعوى القسمة أمام المحكمة الجزئية بمصاريف على حسابهم، وتسرى عليها أحكام دعوى القسمة، ويترتب على القسمة بوجه خاص ضمان التعرض والإستحقاق ونقض القسمة للغبن وإمتياز المتقاسم(٢).

* * *

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى – جزء ٦ – ص ٢٦٩.
(٢) الوسيط – ٩ – للدكتور السنهورى – المرجع السابق – ص ١٨١.

obeikan.com

مادة (٩٠٤)

تسرى على قسمة التركة القواعد المقررة فى القسمة، وبوجه خاص ما يتعلق منها بضمان التعرض والإستحقاق وبالغبن وبإمتياز المتقاسم، وتسرى عليها أيضاً الأحكام الآتية:

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية: مادة ٩٠٨ ليبى و ٨٦٥ سورى.

الأعمال التحضيرية:

يراجع – سابقاً – التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد على نص المادة ٩٠٣ مدنى.

رأى الفقه:

يراجع التعليق بالفقه الوارد على نصوص المواد ٨٣٤ و ٨٤٤ و ٨٤٥ و ٨٤٦ مدنى الواردة بالمجلد الأول من الجزء الرابع من هذا الكتاب فى شأن قسمة المال الشائع، وأحكام ضمان التعرض وضمان الإستحقاق والإعفاء من هذا الضمان بالإتفاق أو بخطأ المتقاسم، ونقض القسمة الإتفاقية للغبن وشروط الغبن ومقداره. كما يراجع – لاحقاً – التعليق بالفقه الوارد على نص المادة ١١٤١ مدنى الواردة بالجزء الخامس من هذا الكتاب الخاصة بإمتياز المتقاسم.

* * *

obeikan.com

مادة (٩٠٥)

إذا لم يتفق الورثة على قسمة الأوراق العائلية أو الأشياء التى تتصل بعاطفة الورثة نحو المورث، أمرت المحكمة إما ببيع هذه الأشياء أو بإعطائها لأحد الورثة مع إستنزال قيمتها من نصيبه فى الميراث أو دون إستنزال، ويراعى فى ذلك ما جرى عليه العرف وما يحيط بالورثة من ظروف شخصية.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية: مادة ٩٠٩ ليبى و ٨٦٦ سورى.

الأعمال التحضيرية:

الأوراق العائلية أو الأشياء التى تتصل بعاطفة الورثة نحو المورث. كملابسة ومذكراته، وما تركه من ذكريات مادية كالأسلحة وما إلى ذلك. وهذه يقدر القاضى بشأنها، إذا يتفق الورثة على طريقة تقسيمها. ظروف العائلة والظروف الشخصية للورثة، فقد يأمر ببيعها، وقد يعطيها لوارث معين بعد إستنزال قيمتها من نصيبه فى الإرث أو دون الإستنزال(١).

رأى الفقه:

١- الأوراق العائلية والأشياء التى تتصل بعاطفة الورثة نحو المورث كمذكراته وشهادته وأوسمته وملابسه الرسمية وصوره الفوتوغرافية وما تركه من ذكريات مادية كالأسلحة وأصول المؤلفات والمكتب الذى كان يجلس إليه والقلم الذى كان يكتب به وما إلى ذلك، إذا اتفق الورثة على أمر فى شأنها، نفذ هذا الإتفاق. أما إذا لم يتفق الورثة على طريقة تقسيمها تولت المحكمة المختصة بنظر شئون التصفية البت فى شأنها، مستلهمة فى ذلك العرف وظروف الأسرة والظروف الشخصية للورثة، فقد تأمر ببيعها وتوزع ثمنها على الورثة، وقد تعطيها لوارث معين هو أحق الورثة بإقتنائها بعد إستنزال قيمتها من نصيبه فى الإرث، أو دون إستنزال إذا تمخضت قيمتها فى عنصرها المعنوى(٢).

* * *

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني – الجزء ٦ – ص ٢٧٢.
(٢) الوسيط – ٩ – للدكتور السنهورى – المرجع السابق – ص ١٨٢.

مـــادة (٩٠٦)

إذا كان بين أموال التركة مستغل زراعي أو صناعي أو تجارى مما يعتبر وحدة اقتصادية قائمة بذاتها، وجب تخصيصه برمته لمن يطلبه من الورثة إذا كان أقدرهم على الاضطلاع به. وثمن هذا المستغل يقوم بحسب قيمته ويستنزل من نصيب الوارث فى التركة فإذا تساوى قدرة الورثة على الاضطلاع بالمستغل خصص لمن يعطى من بينهم أعلى قيمة بحيث لا تقل عن ثمن المثل.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٩١٠ ليبى و ٨٦٧ سورى.

الأعمال التحضيرية:

إذا وجد فى التركة مستغل زراعى أو صناعى أو تجارى، فبدلاً من أن تنتقص قيمته بالتقسيم، يسلمه القاضى لمن يطلبه من الورثة إذا كان أقدرهم على الاضطلاع بإدارته، ويقدر ثمن المستغل بمراعاة قيمة ما ينتجه لا قيمته كرأس مال فقط، وتستنزل هذه القيمة من نصيب الوارث فى التركة، وإذا لم يف نصيبه بقيمة المستغل ألزم بدفع الفرق(١).

رأى الفقه:

المستغل الزراعي أو الصناعي أو التجاري الذى يعتبر وحدة إقتصادية قائمة بذاتها، كبستان غرست فيه أشجار أو الزهور وكمصنع وكمحل تجارى، يراعى فيه هذه الوحدة الاقتصادية، فلا يصح تقسيمه، وإلا كان فى ذلك انتقاص كبير من قيمته. فيعطى المستغل برمته لأقدر الورثة على إستغلاله، ويقدر ثمن المستغل بحسب قيمته كرأس مال لا بحسب ما ينتجه من إيراد. ويستنزل هذا الثمن من نصيب الوارث الذى أعطى له المستغل، فإذا لم يف نصيبه بثمن المستغل ألزم بدفع الفرق. فإذا تساوى وارثان أو أكثر فى القدرة على الإستغلال، أعطى المستغل لمن يدفع فيه أعلى قيمة بحيث لا تقل عن ثمن المثل. وإذا لم يوجد أحد من الورثة تتوافر فيه القدرة على الإستغلال، بيع المستغل لأجنبى طبقاً للقواعد المقررة فى القسمة، ووزع ثمنه على الورثة. وإذا لم يوجد فى التركة غير المستغل أو كان هو معظم التركة، ووجد وارث تتوافر فيه القدرة على إستغلاله ورضى بدفع ثمنه، أعطى له، ويكتفى باقي الورثة كل بحصته في الثمن بنصيبه فى الإرث(٢).

---

(١) مجموعة من الأعمال التحضيرية للقانون المدنى – الجزء ٦ – ص ٢٧٤.
(٢) الوسيط – ٩ – للدكتور السنهورى – المرجع السابق – ص ١٨٣.

من أحكام القضاء الحديثة:

١- إذ كانت الأوراق قد خلت مما يفيد تمسك الطاعن أمام محكمة الموضوع بدرجتها بأحقيته في الاستئثار بعين النزاع باعتبارها مستغلاً تجارياً للمورث، وأنه أقدر من باقي الورثة على الاضطلاع به طبقاً لنص المادة ٩٠٦ من القانون المدني، فأنه لا تجوز إثارة هذا السبب لأول مرة أمام محكمة النقض.

(**الطعن رقم ٢٢٩ ـ لسنة ٤٨ ق ـ تاريخ الجلسة ٠٧ / ٠٢ / ١٩٧٩**)

* * *

obeikan.com

مـــادة (٩٠٧)

إذا اختص أحد الورثة عند القسمة بدين للتركة، فإن باقى الورثة، لا يضمنون لـه المدين إذا هو أعسر بعد القسمة ما لم يوجد إتفاق يقضى بغير ذلك.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأفكار العربية، المواد التالية:
مادة ٩١١ ليبى و ٨٦٨ سورى.

الأعمال التحضيرية:

إذا وقع عند الإفراز دين للتركة فى نصيب أحد الورثة، فإن الباقى لا يضمنون له الإعسار الطارئ على المدين بعد القسمة، ما لم يتفق الورثة على غير ذلك(١).

رأى الفقه:

يعرض نص المادة ٩٠٧ مدنى للديون التى للتركة أى للحقوق الشخصية التى يكون فيها المورث دائناً لأجنبى، وهذه الحقوق الشخصية لا تدخل فى الشيوع مع أموال الشركة الشائعة، بل هى تنقسم بمجرد وفاة المورث على الورثة كما بنسبة حصته فى الميراث. فإذا وضع كل الحق الشخصى عند القسمة فى نصيب أحد الورثة، فإنما يكون ذلك فيما بين الورثة وحدهم. أما بالنسبة إلى المدين بهذا الحق، فإنه بموت المورث يصبح مديناً لكل وارث بمقدار حصته. ويجب أن يحول باقى الورثة حصصهم للوارث الذى وقع فى نصيبه الحق عن طريق حوالة الحق. ولكن هؤلاء الورثة لا يضمنون للوارث الذى اختص بالحق وحده إعسار المدين بعد القسمة إلا إذا وجد إتفاق يقضى بذلك. فهم إذن يضمون للوارث، دون إتفاق، إعسار المدين عند القسمة، وفى هذا تشديد للضمان الذى تقرره القواعد العامة المنصوص عليها فى المادة ١/٣٠٩(٢). من القانون المدنى، فالمجيل لا تضمن إلا وجود الدين وقت الحوالة ولا يضمن يسار المدين فى هذا الوقت إلا بإتفاق خاص. أما فى قسمة التركة حيث تقتضى القسمة مراعاة المساواة ما بين المتقاسمين فالورثة يضمنون يسار المدين عند القسمة دون حاجة إلى إتفاق خاص على ذلك. أما إذا أريد ضمان يسار المدين عند حلول الدين فهذا الذى يقتضى إتفاقاً خاصاً كما تقضى بذلك المادة ٩٠٧ من القانون المدنى(٣).

من أحكام القضاء الحديثة:

١- تشترط المادة ٥٠٠ من القانون المدني للرجوع في الهبة في حالة عدم قبول الموهوب له أن يستند الواهب في الرجوع إلى عذر يقبله القاضي. فإذا كان ما تعلل به الطاعن لتبرير حقه في الرجوع عن تنازله عن الأجرة من وقوعه في غلط قد ثبت

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى – جزء ٦ – ص ٢٧٦.
(٢) يراجع التعليق على نص هذه المادة فى الجزء الأول من هذا الكتاب.
(٣) الوسيط – ٩ – للدكتور السنهورى – المرجع السابق – ص ١٨٤ و ١٨٥.

فساده كما أن ما يدعيه من أن دين الأجرة غير قابل للإنقسام غير صحيح في القانون لأن دين الأجرة وإن كان أصلاً للمورث إلا أنه ما دام بطبيعته قابلاً للإنقسام فهو ينقسم بعد وفاته على الورثة كل بقدر حصته الميراثية، إذا كان ذلك، فإن العذر الذي استند إليه الطاعن لتبرير حقه في الرجوع في إقراره بالتنازل يكون منتفياً.

(**الطعن رقم ٤١٣ ـ لسنة ٣٠ ق ـ تاريخ الجلسة ١٦ / ١٢ / ١٩٦٥**)

* * *

obeikan.com

مـادة (٩٠٨)

تصح الوصية بقسمة أعيان التركة على ورثة الموصى، بحيث يعين لكل وارث أو لبعض الورثة قدر نصيبه، فإن زادت قيمة ما عين لأحدهم على إستحقاق فى التركة كانت الزيادة وصية.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٩١٢ ليبى و ٨٦٩ سورى.

الأعمال التحضيرية:

ينظر – لاحقاً – التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد على نص المادة ٩١٣ مدنى.

رأى الفقه:

١- يعرض نص المادة ٩٠٨ مدنى للقسمة التى يجريها المورث فى تركته بين ورثته حال حياته، وتكون فى وصية يجوز الرجوع فيها، ولو لم يجز الرجوع فيها لكانت تعاملاً فى تركته مستقبله وكانت باطلة، فجعلت وصية يجوز الرجوع فيها لأن الوصية مستثناه من حكم بطلان التعامل فى التركة المستقبلة والمادة ٩٠٨ مدنى تقرر المبدأ العام فى هذه المسألة، وهى منقولة من قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦.

وليس من الضرورى أن يقسم المورث تركته على جميع ورثته، بل يصح أن يفرز نصيب بعض الورثة دون غيرهم، ويكون باقى التركة للباقى من الورثة شائعاً بينهم، ومن أفرز المورث نصيبه فى التركة لا يجوز أن يزيد قيمة نصيبه على إستحقاقه فى الإرشاد إلا بقدر ثلث التركة، إذ تعتبر هذه الزيادة وصية.

(جلسة ١٩٦٥/١٢/١٦ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ١٦ – مدنى – ص ١٢٧٨)

* * *

مادة (٩٠٩)

القسمة المضافة إلى ما بعد الموت يجوز الرجوع فيها دائماً وتصبح لازمة بوفاة الموصى.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٩١٣ ليبى و ٨٧٠ سورى.

الأعمال التحضيرية:

ينظر – لاحقاً التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد على نص المادة ٩١٣ مدنى.

رأى الفقه:

١– قسمة المورث هى وصية من ناحية وقسمة من ناحية أخرى. فمن حيث أنها وصية يجوز للمورث الرجوع فيها دائماً حال حياته، ولا تصبح لازمة إلا بوفاته (٩٠٩ مدنى)، ومن حيث أنها قسمة تسرى عليها أحكام القسمة. وبخاصة أحكام ضمان التعرض والإستحقاق وأحكام إمتياز المتقاسم، ويستثنى من ذلك أحكام الغبن فهى لا تسرى على قسمة المورث. وقد قدمنا أنه يجوز للمورث أن يعطى أحد الورثة أكثر من إستحقاقه وتكون الزيادة وصية. فالزيادة إذن لا تكون غبناً بل تعتبر وصية وتنفذ دون إجازة الورثة مادامت فى حدود ثلث التركة، وعلى ذلك يجب استبعاد أحكام الغبن[١].

* * *

(١) الوسيط – ٩ – للدكتور السنهورى – المرجع السابق – ص ١٨٧.

مـــادة (٩١٠)

إذا لم تشمل القسمة جميع أموال المورث وقت وفاته، فإن الأموال التى لم تدخل فى القسمة تؤول شائعة إلى الورثة طبقاً لقواعد الميراث.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المـــواد التاليـــة: مادة ٩١٤ ليبى و ٨٧١ سورى.

الأعمال التحضيرية:

يراجع – لاحقاً – التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد على نـــص المـــادة ٩١٣ مدنى.

رأى الفقه:

١– نص المادة ٩١٠ مدنى يسرى فيما إذا استجد للمورث مال بعد القسمة التـــى أجراها بين ورثته ولم يتمكن من إدخال هذا المال الجديد فى القسمة قبل موته، أو لـــم يرد ذلك، فتبقى القسمة التى أجراها فى الأموال التى أجريت على ما هى عليـــه. أمـــا المال الذى استجد فيؤول إلى الورثة ضمن تركته، ولكنه يكون شائعاً بينهم لأنـــه لـــم يدخل فى القسمة، ويوزع بينهم طبقاً لقواعد الميراث. وفى حـــساب المقـــدار الجـــائز الإيصاء به لبعض الورثة فى القسمة التى أجراها المورث يضاف المال الذى اســـتجد إلى المال الذى أجريت فيه القسمة، فيكون المدار الجائز الإيصاء به هـــو ثلـــث هـــذا المجموع.

وقد يقع العكس ويتصرف المورث فى بعض الأموال التى دخلت فـــى القـــسمة، فتختل بذلك القسمة التى أجراها بين الورثة. ولما كانت القسمة قـــد أجريـــت بطريـــق الوصية، فإن تصرف المورث فى بعض الأموال التى أدخلها فى القسمة يعتبر عـــدولاً منه عن الوصية فتسقط القسمة، وتكون الأموال التى يتركها المورث لورثته عند وفاته دون أن يتصرف فيها تركة شائعة بين الورثة[١].

* * *

(١) الوسيط – ٩ – للدكتور السنهورى – المرجع السابق – ص ١٨٨.

مـــادة (٩١١)

إذا مات قبل وفاة المورث واحداً أو أكثر من الورثة المحتملين الذين دخلوا فى القسمة، فإن الحصة المفرزة التى وقعت فى نصيب من مات تؤول شائعة إلى باقى الورثة طبقاً لقواعد الميراث.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون بالأقطار العربية، المواد التالية: مادة ٩١٥ ليبى و ٨٧٢ سورى.

الأعمال التحضيرية:

يراجع – لاحقاً – التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد على نص المادة ٩١٣ مدنى.

رأى الفقه:

١– يسرى نص المادة ٩١١ مدنى فيما إذا مات قبل وفاة المورث واحد أو أكثر من الورثة الذين دخلوا القسمة، ذلك لأن أنصباء الورثة تكون قد تغيرت وقت الموت عما كانت وقت الوصية بالقسمة بسبب من استجد من الورثة[1].

* * *

(١) الوسيط – ٩ – للدكتور السنهورى – المرجع السابق – ص ١٨٩.

obeikan.com

مادة (٩١٢)

تسرى فى القسمة المضافة إلى ما بعد الموت أحكام القسمة عامة عدا أحكام الغبن.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٩١٦ ليبى و ٨٧٣ سورى.

الأعمال التحضيرية:

ينظر – لاحقاً – التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد على نص المادة ٩١٣ مدنى.

* * *

opeikan.com

مادة (٩١٣)

إذا لم تشمل القسمة ديون التركة، أو شملتها ولكن لم يوافق الدائنون على هذه القسمة، جاز عند عدم تسوية الديون بالإتفاق مع الدائنين أن يطلب أى وارث قسمة التركة طبقاً للمادة ٨٩٥، على أن تراعى بقدر الإمكان القسمة التى أوصى بها المورث والإعتبارات التى بنيت عليها.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٩١٧ ليبى و ٨٧٤ سورى.

الأعمال التحضيرية:

١- قد يتولى المورث نفسه قسمة تركته على الورثة بوصية قبل وفاته، فيجب أن تكون الوصية بورقة رسمية، وأن تراعى فيها القواعد المتعلقة بتحديد أنصبة الورثة، وبتحديد القدر الذى فيه الوصية، فإن جازت الوصية لوارث جاز للمورث أن يزيد فيما أفرزه من نصيب أحد الورثة، بالقدر الذى تجوز فيه الوصية لوارث، ولما كانت قسمة المورث تتم بطريق الوصية، فإنه يجوز الرجوع فيها، ولكن الرجوع كالإنشاء لا يكون إلا بورقة رسمية.

٢- ويجب فى قسمة المورث الاحتياط لأمرين، فإن المورث وقت القسمة لا يستطيع أن يحصر على وجه اليقين لا كل الأموال التى سيتركها كما عند موته ولا كل الأشخاص الذين سيرثونه:

(أ) ففيما يتعلق بالأموال، إذا لم تدخل فى القسمة أموال تركها عند موته، بقيت هذه الأموال شائعة بين الورثة، وإذا كان الأمر بالعكس وتصرف المورث فى بعض الأموال التى دخلت فى القسمة، فإن القسمة تبطل ويجب إجراء قسمة جديدة.

(ب) وفيما يتعلق بالورثة إذا زادوا وقت الموت عما كانوا وقت الوصية، فإن القسمة تصبح باطلة، وإذا نقصوا بأن مات أحد منهم قبل وفاة المورث، ولم تتغير أنصباء الباقى بعد هذا الموت، فإن الحصة المفرزة التى وقعت فى نصيب من مات تؤول شائعة لبقية الورثة بنسبة حصة كل منهم فى الميراث وإن حجب أحد منهم الوارث وجد بعد القسمة وتغيرت الأنصباء بهذا الحجب بطلت القسمة.

٣- وقسمة المورث تسرى عليها أحكام القسمة، ولا سيما الأحكام المتعلقة بضمان التعرض والإستحقاق، وبإمتياز المتقاسم وبالغبن. إلا أن الوارث الذى يطعن فى القسمة بالغبن يجب عليه أن يرفع دعواه فى السنة التالية لتسلم الأول التركة. وإذا قسمت ديون التركة على الورثة فى قسمة المورث وجبت موافقة الدائنين على ذلك. فإن لم تدخل الديون فى القسمة، أو دخلت ولم يوافق الدائنون، قسم القاضى الديون

طبقاً للأحكام التى تقدم ذكرها فى المادتين ١٣٢٧، ١٣٢٨، مراعياً بقدر الإمكان القسمة التى أوصى بها المورث والإعتبارات التى بنيت عليها هذه القسمة[١].

ملاحظة:

ينظر فى أحكام شهر حق الإرث، وإجراءاته، والمستندات الواجب إرفاقها مع طلبه: الوسيط – ٩ – للدكتور السنهورى – ص ١٩١ – ٢٠٣.

* * *

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى – جزء ٦ – ص ٢٨٦ و ٢٨٧.

obeikan.com

أحكام التركات التى لم تصف

مادة (٩١٤)

إذا لم تكن التركة قد صفيت وفقاً لأحكام النصوص السابقة، جاز لدائنى التركة العاديين أن ينفذوا بحقوقهم أو بما أوصى به لهم على عقارات التركة التى حصل التصرف فيها، أو التى رتبت عليها حقوق عينية لصالح الغير، إذا أشروا بديونهم وفقاً لأحكام القانون.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية: مادة ٩١٨ ليبى و ٨٧٥ سورى و ١١٠٧ عراقى و ١٣١ ملكية عقارية لبنانى.

الأعمال التحضيرية:

١- تصفية التركة أمر اختيار قد لا يتم. فالتركة التى لم تصف يجوز للدائن أن ينفذ على أى مال فيها، سواء بقى فى أيدى الورثة أو انتقل إلى الغير فى مدى سنة من وقت موت المورث. وبعد السنة لا يجوز للدائن أن ينفذ على عقار انتقل إلى الغير إلا إذا كان قد أشر بحقه فى سجل المحكمة الجزئية التى يقع فى دائرتها آخر موطن للمورث وكان تأشيره سابقاً على إشهار الغير لحقه.

٢- ويلاحظ أن التركات التى تتقرر تصفيتها، قد يتراخى طلب التصفية فيها إلى وقت طويل بعد موت المورث. وقد يجهل الغير الذى يتعامل مع الوارث ما إذا كانت التركة ستقرر تصفيتها، فما عليه إلا أن ينتظر سنة بعد موت المورث، ثم يقدم على التعامل مع الوارث مطمئناً إذا هو تثبت من أمرين: من أن أحد من دائنى التركة لم يؤثر بحقه على النحو المتقدم، ومن ان أمراً بتعيين مصف للتركة لم يقيد على النحو الذى سبق ذكره. لأن تقييد الأمر الصادر بتعيين المصفى يكون له من الأثر بالنسبة للغير ما للتأشير بحق الدائن[1].

من أحكام القضاء الحديثة:

١- يعتبر الوارث فى الأصل قائماً مقام المورث فى صدد حجية التصرف الصادر منه فيتقيد فى إثبات ما يخالف الكتابة بالدليل الكتابى الذى يقيد سلفه، إلا أنه إذا طعن فى التصرف بأنه ينطوى على وصية وقد به الاحتيال على قواعد الإرث إضراراً بحقه فيه، فإن إثبات هذا الاحتيال بأى طريق من طرق الإثبات – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – يكون جائزاً له جوازه لسلفه ولو أدى ذلك إلى إهدار إقرارهما بصحة البيع فى العقد. إن الإتفاق الذى ينطوى على التصرف فى حق الإرث قبل انفتاحه لصاحبه وإستحقاقه إياه أو يؤدى إلى المساس بحق الإرث فى كون الإنسان وارثاً أو غير وارث وكونه يستقل بالإرث أو يشاركه فيه غيره هو إتفاق مخالف

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى – جزء ٦ – ص ٢٩٠.

للنظام العام يعد تحايلاً على قواعد الميراث فيقع باطلاً بطلاناً مطلقاً لا تحلقه الإجازة وتبعاً إثباته كافة الطرق ولو كان الوارث طرفاً فى إتفاق.

(نقض جلسة ١٩٦٦/١/١٣ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ١٧مدنى – ص ١٢٣)

(ونقض – جلسة ١٩٦٦/١/٢٤ – المرجع السابق – ص ١٧٣)

ونقض – جلسة ١٩٦٧/١١/٢١ من المرجع السابق – السنة ١٨ – ص ١٧٣٦

٢– الوارث الذى يطعن فى تصرف صادر من مورثه فى صورة بيع منجز بأن حقيقته وصية، وأنه قصد به الإحتيال على قواعد الإرث المقررة شرعاً إضراراً بحقه، يجوز له إثبات طعنه بكافة طرق الإثبات، لأن الوارث لا يستمد حقه فى الطعن فى هذه الحالة من المورث، وإنما من القانون مباشرة، ويعتبر من الغير فيما يختص بهذا التصرف.

(نقض – جلسة ١٩٧٣/٢/١٧ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٢٤ – مدنى – ص ٢٦٥)

٣– لئن كان ذكر المال شرطاً لصحة دعوى الوراثة، إلا أنه يحق لدعيها إثبات الوراثة أولاً ثم إثبات المال، والإدعاء بعدم وجود تركه للمتوفى لا يصلح دفعاً لدعوى الوفاة والوراثة، ولا يفيد من ذلك الادعاء بتصرف المورث فى تركة قبل موته.

نقض – جلسة ١٩٧٦/١/٧ – المرجع السابق – السنة ٢٧ – ص ١٤٦.

٤– الوصية. إنعقادها بإرادة الموصى المنفردة ولا تنتج أثرها إلا عند موت الموصى. قبول الموصى له الوصية يكون بعد موت الموصى تثبيتاً لحق الموصى به وليس قبولاً لإيجاب الموصى. أثر ذلك. عدم لزوم تمثيل الموصى له في سند إنشاء الوصية.

(الطعنان رقما ٦٤٣، ٦٣٧ لسنة ٦١ق جلسة ١٩٩٥/٧/٦ س٤٦ ص٩٥٢)

٥– بطلان وصية المجنون والمعتوه. المادة الخامسة من قانون الوصية ٧١ لسنة ١٩٤٦. العقل شرط لصحة الوصية عند إنشائها وشرط لبقائها. إصابة الموصى بآفة عقلية حتى وفاته. أثره. بطلان الوصية وكذا الرجوع عنها.

(الطعن ٢٥٧ لسنة ٦١ق " أحوال شخصية " جلسة ١٩٩٥/١١/٢٠ س٤٦ ص١٢٠٥)

٦– الوصية. نفاذها من غير إجازة الورثة في حدود ثلث التركة بعد سداد الديون. م٣٧/١ ق٧١ لسنة ١٩٤٦ بإصدار قانون الوصية.

(الطعنان رقما ٦٤٣، ٦٣٧ لسنة ٦١ق – جلسة ١٩٩٥/٧/٦ س٤٦ ص٩٥٢)

٧– أحكام الإرث وتعيين أنصبة الورثة من النظام العام. التحايل على مخالفتها وما يتفرع عنها من التعامل في التركات المستقبلة. باطل بطلاناً مطلقاً. أثره. الأصل عدم جواز التصرف الناشئ عن هذا التحايل. الإستثناء. صحة الوصية للوارث وغير الوارث في حدود ثلث التركة من غير إجازة الورثة رغم أن الوصية تعامل من المورث في تركته المستقبلة. م١، ٣٧ق ٧١ لسنة ١٩٤٦)

(الطعنان رقما ٦٤٣، ٦٣٧ لسنة ٦١ق – جلسة ١٩٩٥/٧/٦ س٤٦ ص٩٥٢)

٨- التحقق من رجوع المورث عن الوصية طبقاً لأحكام قانون الوصية ٧١ لسنة ١٩٤٦. إختصاص المحاكم الإبتدائية بنظره. أثره. وجوب تدخل النيابة العامة وإلا كان الحكم باطلاً.

(**الطعن ٢٥٧ لسنة ٦١ق - أحوال شخصية - جلسة ١٩٩٥/١١/٢٠ س٤٦ ص١٢٠٥**)

٩- الوصية تصرف غير لازم ولا تنفذ إلا بعد الوفاه ولا يترتب عليها اي حق قبلها. للموصى الرجوع عنها صراحة أو دلالة عنها كلها أو بعضها م٢، ١٨ من قانون الوصية ٧١ لسنة ١٩٤٦.

(**الطعن ٢٥٧ لسنة ٦١ق - أحوال شخصية - جلسة ١٩٩٥/١١/٢٠ س٤٦ ص١٢٠٥**)

* * *

obeikan.com

٣ـ الوصية

مـادة (٩١٥)

تسرى على الوصية أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة فى شأنها.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٩١٩ ليبى و ٨٧٦ سورى و ١١٠٨ عراقى و ٢٢٨ لبنانى و ٧٩٧ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

تسرى الشريعة الإسلامية وما استمد منها من تقنيات وتشريعات على الوصية من ناحية الموضوع، وذلك كالأحكام المتعلقة بالقدر الذى يجوز الإيصاء به، وهل تجوز الوصية لوارث، وهل تتم الوصية بالإيجاب وحده، وهل يجوز الرجوع فى الوصية، وكيف ينتقل المال الموصى به إلى الموصى له، وما إلى ذلك من الأحكام الموضوعية، ويستوى فى ذلك وصايا المسلمين وغير المسلمين من المصريين. أما من حيث الشكل فقد نصت لائحة ترتيب المحاكم الشرعية على أحكام تجب مراعاتها فى جميع الوصايا، وقررت اللائحة المذكورة الجزاء الذى يترتب على مخالفة هذه الأحكام(١).

رأى الفقه:

١- يتبين من نص المادة ٩١٥ مدنى أنه يقرر مبدأ عاماً جوهرياً، هو أن تسرى على الوصية أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة فى شأنها، ويستوى فى ذلك وصية المسلم ووصية غير المسلم.

كما أنه قد أصبح الآن – فى ظل قانون تنظيم الشهر العقارى، وقانون السجل العينى – واجباً شهر الوصية حتى تنتقل ملكية العقار الموصى به إلى الموصى سواء بالنسبة إلى الغير أو فيما بين ذوى الشأن(٢).

ملاحظة:

ينظر فى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية فى الوصية، من حديث شكل الوصية وشروط صحتها، والرجوع عنها، وقبولها وردها، والوصية الواجبة: الوسيط – ٩ – للدكتور السنهورى – صفحة ٢٠٦ حتى ٢١٧.

٢- الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت، ولقد عرفها المالكية بأنها عقد يوجب حقاً ثلث عقده يلزم بموته أو نيابة عنه بعده. ولقد شرعها الله تعالى ليتمكن بها المكلف من مكافأة عزيز عليه أو تدارك ما عساه أن يكون قد فاته من أعمال الخير

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى – جزء ٦ – ص ٢٩٤، ٢٩٥.
(٢) الوسط – ٩ – للدكتور السنهورى – المرجع السابق – ص ٢٠٣ وما بعدها.

حال حياته – وتسرى على الوصية أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة فى شأنها.

ولما كانت الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت، فلا تنتقل الملكية أو الحق العينى الموصى به إلى الموصى له إلا عند الوفاة، وأما قبل وفاة الموصى فليس للموصى له سوى مجرد أمل يتحول إلى حق مكتسب بوفاة الموصى.

ومع ذلك يجب التفرقة بين المنقول والعقار، فإذا وردت الوصية على منقول فإن الحق العينى الموصى به ينتقل إلى الموصى له فى الوفاة بلا حاجة إلى أى إجراء آخر ما لم يتفق على إرجاء نقل الحق إلى وقت لاحق.

وأما إذا كان الموصى به حقاً عقارياً فلابد من التسجيل، وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ٩ من قانون الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦، ولما صدر قانون السجل العينى رقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤ أوجب المادة ٤٦ منه قيد الوصية فى السجل العينى[١].

من أحكام القضاء الحديثة:

١– القضاء بإعتبار عقد البيع وصية نافذة فى حدود ثلث التركة. إجازة بعض الورثة للوصية فيما يجاوز الثلث. وجوب احتساب نصيبهم الميراث منسوباً إلى ما جاوز الثلث فى العقار المتصرف فى العقار المتصرف فيه وليس إلى باقى التركة.

(نقض – جلسة ١٩٧٨/٥/٢٥ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٢٩ – مدنى ص ١٣٣٧)

٢– مفاد نص المادتين ٢٠ و ٢٣ من القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ بإصدار قانون الوصية أن المشرع أخذ بالرأى المعمول فى المذهب الحنفى من أن وقت قبول الموصى له الوصية إنما يجب أن يكون بعد وفاة الموصى حتى يثبت للموصى له الملك، وأن رد الوصية إنما يقتصر على ما وردت فيه دون غيره من الأموال الموصى بها والتى قبلها الموصى له. وإذا كان قد ورد فى مدونات الحكم المطعون فيه أن رد الطاعنة قد اقتصر على العقارات الموصى بها وحدها دون غيرها من الأموال المنقولة المتخلفة عن الموصى، ثم قضى الحكم رغم ذلك برفض دعوى الطاعنة (بصحة ونفاذ الإقرار المحرر بمعرفة الموصى فيما يتضمنه من الإيصاء لها بثلث تركة مورثها والمبينة بصحيفة الدعوى)، فإنه يكون معيباً بالخطأ فى تطبيق القانون.

(نقض – جلسة ١٩٧٢/٢/١٥ – المرجع السابق – السنة ٢٣ – ص ١٧٦)

٣– لا تنفذ الوصية من غير إجازة الورثة إلا فى حدود ثلث تركة الموصى بعد سداد جميع ديونه، ويكون تقدير الثلث الذى تخرج منه الوصية بقيمته وقت القسمة والقبض. فكل ما يحدث فى الفترة ما بين وفاة الموصى والقسمة من نقص فى قيمة التركة أو هلاك فى بعض أعيانها يكون على الورثة والموصى له وكل زيادة تطرأ على التركة فى هذه الفترة تكون للجميع.

(نقض – جلسة ١٩٧١/٤/٢٧ – المرجع السابق – السنة ٢٢ – ص ٥٧٥)

---

(١) الحقوق العينية الأصلية – للدكتور محمد على عمران – المرجع السابق – ص ٦١ و ٦٢.

٤- إجازة الوارث للتصرف الصادر من مورثه لا يعتد بها إلا إذا حصلت بعد وفاة المورث، ذلك لأن صفة الوارث التى تخوله حقاً فى التركة لا تثبت له إلا بهذه الوفاة.

(نقض – جلسة ١٩٧٣/٤/١٠ – المرجع السابق – السنة ٢٤ ص ٥٧٩)

٥- نفاذ الوصية فى ثلث التركة بغير إجازة الورثة، انتهاء الحكم إلى ان عقد النزاع فى حقيقته وصية، تقريره نفاذها فى ثلث الوارد به دون استظهار عناصر التركة لبيان القدر الذى تنفذ فيه.. خطأ.

(نقض – جلسة ١٩٨٠/١٢/٣٠ – الطعن ٦٣٥ لسنة ٤٥ق – لم ينشر بعد)

٦- الوارث حكمه حكم المورث بالنسبة للتصرف الصادر الأخير. الإستثناء. أن يطعن على التصرف بإخفائه وصية أو صدوره في مرض الموت. تقدير أدلة الصورية يستقل به قاضى الموضوع.

المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الوارث حكمه حكم المورث فلا يجوز له إثبات صورية سند صادر من مورثه إلى وارث آخر أو إلى الغير إلا بالكتابة إلا إذا طعن في هذا السند بأنه ينطوى على الإيصاء أو أنه صدر في مرض موت مورثه وأن تقدير أدلة الصورية – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – هو مما يستقل به قاضى الموضوع لتعلقه بفهم الواقع في الدعوى.

(الطعن ١٤٧٣ لسنة ٥٧ق – جلسة ١٩٩٢/١/١٥ س٤٣ ص١٦٦)

٧- الوصية. إنعقادها بإرادة الموصى المنفردة ولا تنتج أثرها إلا عند موت الموصى. قبول الموصى له الوصية يكون بعد موت الموصى تثبيتاً لحق الموصى به وليس قبولاً لإيجاب من الموصى. أثر ذلك. عدم لزوم تمثيل الموصى له في سند إنشاء الوصية.

لما كانت الوصية تصرفاً ينشأ بالإرادة المنفردة وتنعقد بتحقق وجود ما يدل على إرادة الشخص لتصرف أو إلتزام معين يترتب عليه تحمل تركته بعد وفاته بحق من الحقوق، فهي ليست بعقد بين الموصى والموصى له حتى يشترط قبوله وقت إنشائها بل هي تصرف لا ينتج أثره إلا عند موت الموصى ويكون رضاء الموصى له بالوصية بعد موت الموصى ليس قبولاً لإيجاب من الموصى بل هو تثبيت لحق الموصى له في الموصى به حتى لا يكسب حقاً بغير رضائه وبالتالى لا يلزم تمثيل الموصى له في سند إنشاء الوصية.

(الطعنان ٦٣٤، ٦٣٧ لسنة ٦١ق جلسة ١٩٩٥/٧/٦ س٤٦ ص٩٥٢)

٨- الوصية. نفاذها من غير إجازة الورثة في حدود ثلث التركة بعد سداد الديون. م١/٣٧ ق ٧١ لسنة ١٩٤٦ بإصدار قانون الوصية.

النص في المادة ١/٣٧ من قانون الوصية الصادر برقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ على أنه " تصح الوصية بالثلث للوارث وغيره وتنفذ من غير إجازة الورثة..... " إنما يدل على أن مقدار ما تنفذ به الوصية من غير حاجة إلى إجازة الورثة هو ما كان في حدود الثلث.

(الطعنان ٦٣٤، ٦٣٧ لسنة ٦١ق جلسة ١٩٩٥/٧/٦ س٤٦ ص٩٥٢)

٩- الوصية تصرف غير لازم ولا تنفذ إلا بعد الوفاة ولا يترتب عليها أي حق قبلها. للموصى الرجوع عنها صراحة أو دلالة عنها كلها أو بعضها م٢، ١٨ من قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦.

المقرر في قضاء هذه المحكمة أن مفاد نص المادتين ٢، ١٨ من قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ أن الوصية بحسب الأصل تصرف غير لازم ولا تنفذ إلا بعد الوفاة ولا يترتب عليها أي حق قبلها فيجوز للموصى الرجوع عنها صراحة أو دلالة عنها كلها أو بعضها ما دام أن خيار الرجوع الصريح يكون بأية عبارة ينطقها الموصى أو يكتبها تدل بوضوح على أنه غير راغب في الإبقاء على الوصية، أما الرجوع دلالة فيصح بأي فعل أو تصرف يصدر من الموصى بعد الوصية ينبئ عنه وتقوم القرينة أو العرف على أنه أراد بالفعل نقض الوصية أو يتضمن الفعل من تلقاء نفسها نقضها.

(الطعن ٢٥٧ لسنة ٦١ق جلسة ١٩٩٥/١١/٢٠ س٤٦ ص١١٩٥)

١٠- بطلان وصية المجنون والمعتوه. المادة الخامسة من قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦. العقل شرط لصحة الوصية عند إنشائها وشرط لبقائها. إصابة الموصى بآفة عقلية حتى وفاته أثره. بطلان الوصية وكذا الرجوع عنها.

مفاد المادة الخامسة من قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ أنه يشترط في الموصى أن يكون أهلاً للتبرع وأن يكون بالغاً عاقلاً رشيداً فلا تصح وصية المجنون والمعتوه إذ لا إرادة لهما وإذ كان العقل شرطاً لصحة الوصية عند إنشائها فهو شرط أيضاً لبقائها على فرض أن الموصى كان مصاباً بآفة عقلية إستمرت حتى وفاته فإن الوصية الصادرة عنه تكون باطلة إذ أن العقل شرط لبقائها كما هو شرط لإنشائها وهذا البطلان يرتب ذات الأثر الذى يرتبه الرجوع عن الوصية.

(الطعن ٢٥٧ لسنة ٦١ق جلسة ١٩٩٥/١١/٢٠ س٤٦ ص١١٩٥)

١١- نفاذ القوانين بعد نشرها بثلاثين يوماً ما لم يحدد القانون ذاته ميعاداً آخر. م٢٦ دستور ١٩٢٣. النص في المادة الثانية من مواد إصدار قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ٤٦ على أن يعمل به بعد شهر من تاريخ نشره بالجريدة الرسمية ليس مقصوداً به الخروج عن القاعدة العامة المذكورة. علة ذلك. مفهوم الشهر ثلاثين يوماً.

النص في الفقرة الأخيرة من المادة ٢٦ من دستور سنة ١٩٢٣ – الذى صدر فى ظله قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ – مفاده أن القوانين تكون نافذة بعد نشرها بثلاثين يوماً ما لم يحدد القانون ذاته ميعاداً آخر أقصر أو أطول من ذلك لنفاذه.

وكان القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ بإصدار قانون الوصية قد صدر في ٢٤ رجب سنة ١٣٦٥هـ- الموافق ٢٤ يونيو سنة ١٩٤٦ ونصت المادة الثانية من مواد إصداره على أن يعمل به بعد شهر من تاريخ نشره بالجريدة الرسمية وإذ نشر بالعدد رقم ٦٥ منها في أول يوليو سنة ١٩٤٦ وكان المشرع الدستوري قد أرسى قاعدة عامة – على هذا النحو – مؤداها نفاذ القوانين بعد نشرها فى الجريدة الرسمية بثلاثين يوماً، فإن

مدة الشهر المنصوص عليها بالمادة الثانية من القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ لا تفصح عن رغبة المشرع آنذاك في الخروج عن هذه القاعدة، وتكون مدة الشهر في مفهومه ثلاثين يوماً إعمالاً للقاعدة العامة سالفة البيان، ويبدأ سريان هذه المدة إعتباراً من ١٩٤٦/٧/٢ اليوم التالى لتاريخ نشر القانون وتنتهى في ١٩٤٦/٧/٣١ وبالتالى يكون القانون نافذاً إعتباراً من يوم ١٩٤٦/٨/١.

(**الطعنان رقما ١٤٧، ١٨٦ لسنة ٦٣ق جلسة ١٩٩٧/٦/٢٤ س٤٨ ص٩٧٦**)

* * *

obeikan.com

مادة (٩١٦)

١ـ كل عمل قانونى يصدر من شخص فى مرض الموت ويكون مقصوداً به التبرع، يعتبر تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت، وتسرى عليه أحكام الوصية أياً كانت التسمية التى تعطى لهذا التصرف.

٢ـ وعلى ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانونى قد صدر من مورثهم وهو فى مرض الموت، ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق، ولا يحتج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً.

٣ـ وإذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم فى مرض الموت، اعتبر التصرف صادراً على سبيل التبرع، ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك، كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٩٢٠ ليبى و٨٧٧ سورى و ١١٠٩ راقى و ٧٩٨ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

عمم النص فأعطى حكم الوصية لكل عمل قانونى يصدر فى مرض الموت كالبيع والهبة والإقرار والإبراء وغير ذلك من التصرفات، مادام لم يقصد بها التبرع، وقصد التبرع مفروض ما دامت الورثة قد أثبتت أن التصرف قد صدر فى مرض الموت ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق، بما فيها البينة والقرائن. ولا يحتج عليهم بتاريخ التصرف إلا كان ثابتاً، لأنهم يعتبرون من الغير بالنسبة له، ولكن يجوز لكل ذى شأن أن يثبت أن التصرف، رغم صدوره فى مرض الموت، كان يقابل فإن أثبت ذلك كان القدر المحابى به هو الذى يأخذ حكم الوصية كما فى بيع المريض[1].

رأى الفقه:

١ – التصرف الصادر من المورث فى مرض الموت، ويكون مقصوداً به التبرع، يعتبره القانون وصية مستترة، وتسرى عليه أحكام الوصية، وبذلك تحمى الورثة، إذ أن هذا التصرف لا ينفذ فى حقهم فيما زاد على ثلث التركة إلا إذا أجازوه، وهذا هو حكم الوصية. وحتى تسرى أحكام الوصية يجب – كما هو ظاهر من نص المادة ٩١٦ مدنى – أن يتوافر شرطان:

الشرط الأول ـ أن يكون تصرفاً صادراً فى مرض الموت – وهذا النص عام لا يقتصر على البيع، بل يشمل كل تصرف صدر فى مرض الموت أياً كانت التسمية التى أعطيت لهذا التصرف. ويقع على الورثة عبء إثبات أن التصرف قد صدر فى مرض موت المورث، وذلك بجميع الطرق، بما فيها البينة والقرائن لأنهم إنما يثبتون

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى – الجزء ٦ – ص ٢٩٧ – ٢٩٨.

واقعة مادية، بتقارير الأطباء وبشهادة الشهود وبالقرائن المستخلصة من ظروف المرض وبغير ذلك من الأدلة. كما لهم أن يثبتوا التاريخ الحقيقى لسند التصرف الصادر من المورث بجميع طرق الإثبات، لأن تقديم التاريخ غش والغش يجوز إثباته بجميع الطرق.

الشرط الثانى- أن يكون المقصود بالتصرف التبرع – ويقع عبء إثبات أن التصرف الصادر من المورث فى مرض موته قصد به التبرع، يقع على من صدر له التصرف. ذلك أنه متى أثبت الورثة أن التصرف قد صدر فى مرض الموت، فقد أقام القانون قرينة قانونية على أن التصرف إنما قصد به التبرع، فالإنسان لا يتصرف فى مرض موته عادة إلا على سبيل التبرع، ويندر أن يكون فى تصرفه والموت ماثل أمام عينيه قد قصد المعاوضة. على أن هذه القرينة القانونية قابلة لإثبات العكس، فيجوز لمن صدر له التصرف أن يدحضها بأن يثبت أنه دفع عوضاً للمورث[١].

٢- اختص المشرع المصرى تصرفات المريض مرض الموت بحكم خاص بها، هو نص المادة ٩١٦ مدنى. ويذهب فقهاء الشريعة الإسلامية إلى تعريف مرض الموت بأنه هو الذى يغلب فيه الوفاة عادة ويتصل به الموت فعلاً، فيجب إذن أن يكون مرض الموصى قد بلغ قدراً من الخطورة والجسامة بحيث يتصل به الموت عادة. وهذه مسألة يستقل بتقديرها قاضى الموضوع دون رقابة عليه من محكمة النقض. ويجب فوق ذلك أن يتصل الموت فعلاً بالمرض.بل ويميل القضاء إلى اشتراط حدوث الوفاة واتصالها بالمرض قبل مضى عام على بداية المرض، بحيث إذا إستطالت مدة المرض عن ذلك ولم تتزايد ولم تتفاقم فلا يعتبر المرض مرض موت.وكل عمل قانونى يصدر من الشخص وهو فى مرض الموت ويكون مقصوداً به التبرع، يعتبر مضافاً إلى ما بعد الموت وتسرى عليه أحكام الوصية. ويجب لإثبات هذا الحكم أن يصدر التصرف من الشخص وهو فى مرض الموت، وأن يكون مقصوداً به التبرع. ويكفى أن يثبت ورثة المتوفى أن التصرف قد صدر من مورثهم وهو فى مرض الموت. ومتى أثبتوا ذلك اعتبر التصرف قد صدر من مورثهم وهو فى مرض الموت. ومتى أثبتوا ذلك اعتبر التصرف صادراً على سبيل التبرع (م٣/٩١٦ مدنى). وللورثة إثبات أن التصرف قد صدر من مورثهم وهو فى مرض الموت بجميع طرق الإثبات. ولا يحتج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً(م ١/٩١٦ مدنى). ومتى سرت على هذا التصرف أحكام الوصية، فإن هذا يعنى أنه لا يسرى فى حق الورثة إلا فى حدود الثلث، وأما فيما يزيد عن ذلك فلابد من موافقتهم[٢].

من أحكام القضاء الحديثة:

١- لئن كان حق الورثة يتعلق فى مرض الموت بماله، إلا إن هذا الحق لا يتعلق إلا بالثلثين منه، أما الثلث الباقى فقد جعله الشارع حقاً للمريض ينفقه فيما يرى بواسطة التبرع المنجز حال المرض أو بواسطة الوصية. وإن كانت المادة ٩١٦ من

---

(١) الوسيط – ٩ – للدكتور السنهورى – المرجع السابق – ص ٢٢٠ وما بعدها.
(٢) الحقوق العينية الأصلية – للدكتور محمد على عمران – المرجع السابق – ص ٦٦ وما بعدها.

القانون المدنى قد نصت على أنه "لا يحتج على الورثة الذين يطعنون على التصرف بأنه صدور فى مرض الموت بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً، إلا أن هذا التاريخ يظل حجة عليهم إلى أن يثبتوا هم عدم صحته وأن التصرف صدر فى تاريخ آخر توصلاً منهم إلى إثبات أن صدوره كان فى مرض الموت، فإن عجزوا عن هذا الإثبات ظل التاريخ المذكور فى العقد حجة عليهم بإعتبارهم خلفاً لمورثهم.

جلسة ١٩٦٧/٥/١١ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ١٨ – ص ٩٧٥

٢– المادة ٩١٦ من القانون المدني تنص في فقرتها الثالثة على أن " إذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم في مرض الموت، اعتبر التصرف صادراً على سبيل التبرع، مالم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك" فإن مؤدى ذلك أنه إذا ثبت صدور التصرف في مرض الموت، فإن البيع يكون هبة مستترة، ولا يؤبه بالثمن المكتوب في العقد، وإنما يكلف المشتري بإثبات أنه دفع ثمناً في المبيع ومقدار هذا الثمن الذي دفعه قبل التقرير بمدى سريان البيع في حق الورثة إعمالاً لحكم المادة ٤٧٧ من القانون المشار إليه.

(الطعن رقم ٥١٩١ ـ لسنة ٦٣ ق ـ تاريخ الجلسة ٢٠ / ٠٢ / ٢٠٠١)

٣– إذ كان الثابت في الأوراق وأقر به الطاعنون أنفسهم أن المطعون ضدهم الثلاثة الأوائل أوفوا بباقي ثمن العقار المبيع قبل صدور الحكم المطعون فيه، فإنهم بذلك يكونون قد توقوا الفسخ بأداء دينهم كاملاً مما يمتنع معه قانونا القضاء به، وإذ انتهى الحكم إلى هذه النتيجة الصحيحة، فإن النعي على الأسباب التي أقام الحكم عليها قضاءه في هذا الخصوص – أياً كان وجه الرأي فيه – يكون غير منتج، ومن ثم غير مقبول.

(الطعن رقم ٢٤٤٧ ـ لسنة ٧٠ ق ـ تاريخ الجلسة ١٢ / ٠٦ / ٢٠٠١)

(الطعن رقم ١٨٥٩ ـ لسنة ٧٠ ق ـ تاريخ الجلسة ١٢ / ٠٦ / ٢٠٠١)

٤– النص في المادة ٤٧٧ من القانون المدني على أن: "إذا باع المريض مرض الموت لوارث أو لغير وارث بثمن يقل عن قيمة المبيع وقت الموت، فان البيع يسرى في حق الورثة إذا كانت زيادة قيمة المبيع على الثمن لا تجاوز ثلث التركة داخلا فيها المبيع ذاته أما إذا كانت هذه الزيادة تجاوز ثلث التركة، فإن البيع – فيما يجاوز الثلث – لا يسري في حق الورثة إلا إذا أقروه أو رد المشترى للتركة ما بقى بتكملة الثلثين"، وفي المادة ٩١٦ منه على أن: "كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت ويكون مقصودا به التبرع يعتبر تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف....." وإذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم في مرض الموت أعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك" – يدل على أنه إذا أثبت الورثة أن البيع صدر في مرض موت مورثهم، فإن المشرع يفترض أن هذا البيع هو في حقيقته هبة ما لم ينقض المشترى هذه القرينة القانونية غير القاطعة بإثبات أنه دفع ثمنا للمبيع لا يقل عن قيمته، فيكون البيع صحيحا نافذا في حق الورثة دون حاجة إلى إجازتهم لانتفاء شبهة المجاملة في الثمن. وإذا ثبت أن ما دفعه من ثمن يقل عن قيمة

المبيع بمقدار الثلث، فان البيع يسري أيضا في حق الورثة لدخول ما تمت المحاباة فيه من الثمن في نطاق ما يجوز الإيصاء به، وفى الحالتين لا يكون ثمة محل لتحقيق صدور البيع في مرض الموت، أما إذا جاوزت الزيادة الثلث، فان البيع يأخذ حكم الوصية ولا يسري في حق الورثة – في حدود هذه الزيادة – إلا بإجازتهم أو بتقاضيهم ما يكمل ثلثي التركة من المشتري، وعندئذ يتعين تحقيق الدفع بصدور البيع في مرض الموت.

(الطعن رقم ٢٤٤٤ ـ لسنة ٧٠ ق ـ تاريخ الجلسة ١٢ / ٠٦ / ٢٠٠١)

٥– إذ كانت الأوراق قد خلت مما ينبئ عن توافر النفوذ الأدبي المؤثر للمستأنفة في الاستئناف رقم ..... على مورثها المؤدي إلى حمله على التوقيع على عقد الحساب المشترك بغير رضاه على نحو يعدم إرادته، وكان الحكم المستأنف إعمالا لما تقدم قد أنزل التكييف القانوني الصحيح على الواقعة من أن قيام مورث الطرفين بتحويل حسابه لدى البنك المستأنف ضده الأولى في الاستئناف رقم..... يعتبر تصرفا صادرا من المتصرف في مرض الموت واستدل في التدليل على ذلك من الأدلة والقرائن المؤدية إلى ذلك والى حكم المادة ٩١٦ من القانون المدني التي تقضي بعدم نفاذ هذا التصرف في حق الورثة إلا في حدود ثلث تركة المتصرف بعد وفاته الأمر الذي ترى معه هذه المحكمة تأييد هذا الحكم.

(الطعن رقم ٧٨٢٨ ـ لسنة ٧٥ ق ـ تاريخ الجلسة ٢٧ / ٠٦ / ٢٠٠٦)

٦– المقرر – في قضاء هذه المحكمة – أن حق الوارث في الطعن على تصرف المورث بأنه وصية لا بيع قصد به التحايل على أحكام الآرث هو حق خاص مصدره القانون ويعتبر الوارث في حكم الغير بالنسبة للتصرف الصادر من المورث إلى وارث آخر متى كان طعنه على التصرف انصب على أنه يخفى وصية إضرارا بحقه في الميراث. وإدراكا من المشرع للأعراف السائدة في المجتمع ورغبة منه في احترام أحكام المواريث فإن ما ورد بنص المادتين ٩١٦، ٩١٧ من القانون المدني لا يعدو أن يكون تقريرا لقيام قرينتين قانونيتين لصالح الوارث حماية لحقه، إذ من شأن أي منهما أن تعفيه من إثبات أن تصرف مورثه ينطوي على وصية فينتقل بذلك عبء الإثبات على عاتق المتصرف إليه، إلا أنه يبقى للوارث عند تخلف شروط أي من القرينتين أو كليهما أن يدلل بكافة طرق الإثبات على أن القصد الحقيقي للمورث هو الإيصاء وإضافة التصرف إلى ما بعد الموت، ويتعين على قاضي الدعوى أن يتصدى لما يقدمه الوارث من أدلة وقرائن ويقيمه في ضوء ظروف كل دعوى وملابساتها ولا يكفيه القول أن شروط هذه القرينة أو تلك لم تتوافر. لما كان ذلك، وكانت الطاعنة قد دفعت بصورية العقود محل الدعوى وساقت تأييدا لذلك قرائن منها احتفاظ المورث بحيازته العقارات محل هذه العقود وانتفاعه بها مدى حياته، وصدور العقود أثناء مرضه غير أن الحكم في مقام الرد على هذا الدفاع اكتفى بالقول بانتفاء شروط إعمال نص المادة ٩١٦ من القانون المدني وهو ما لا يواجه ما شهد به شهودها وما ساقته من قرائن مما يعيبه بالقصور في التسبيب بما يوجب نقضه.

(الطعن رقم ١٨٧ ـ لسنة ٦٧ ق ـ تاريخ الجلسة ٢٨ / ١٢ / ٢٠٠٩)

مادة (٩١٧)

إذا تصرف شخص لأحد ورثته وإحتفظ بأية طريقة كانت بحيازة العين التى تصرف فيها، وبحقه فى الانتفاع بها مدى حياته، اعتبر التصرف مضافاً إلى ما بعد الموت وتسرى عليه أحكام الوصية ما لم يقم دليل يخالف ذلك.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٩٢١ ليبى و ٨٧٨ سورى و ٧٩٩ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

كثيراً ما يلجأ المورث، وهو عاجز عن الإيصاء لوارثه، إلى وصية يسترها فى شكل تصرف آخر، كبيع أو هبة، ويحتفظ فى هذا التصرف بحيازة العين، وبحقه فى الانتفاع بها، إما من طريق اشتراط حق المنفعة وعدم جواز التصرف فى العين، وإما من طريق الإيجار مدى الحياة أو من أى طريق آخر. وقد تضاربت الأحكام فى ذلك تضارباً كبيراً، حتى أصبحت الأقضية فى هذا الشأن أدخل فى باب الحظ منها فى باب الحقوق الثابتة، فحسم المشروع الخلاف بأن قرر أن مثل هذا التصرف يعتبر وصية ما لم يقم دليل على غير ذلك. وقد فرض المشروع ما هو أكثر انطباقاً على الواقع، وترك الباب مفتوحاً لإثبات العكس فى الحالات الأخرى النادرة.

ويلاحظ أنه إذا فتح باب الوصية للوارث قلت المنازعات كثيراً فى هذا الشأن، ولم تعد الناس فى حاجة للاحتيال وتسمية الوصية الصادرة للوارث باسم آخر[1].

رأى الفقه:

١- لا يقرر الحكم المنصوص عليه فى المادة ٩١٧ مدنى قاعدة موضوعية، بل يقيم قرينة قانونية على توافر نية الإيصاء، ولقيام هذه القرينة يجب توافر عدة شروط:

(١) أن يكون التصرف لوارث – فإذا كان التصرف لغير وارث فلا يمكن إعمال القرينة المنصوص عليها فى المادة ٩١٧ مدنى، ومع أن بعض فقهاء المالكية فى المشهور عنهم يذهبون إلى القول بألا وصية لوارث. ويذهب بعض فقهاء المالكية والحنفية والشافعية فى المشهور عندهم إلى القول بجواز الوصية لوارث على ألا تنفذ إلا فى حدود الثلث إلا أن نص المادة ٩١٧ مدنى يدل على أن الوصية قد تكون لوارث، ويتحقق ذلك إذا تصرف شخص لأحد ورثته وإحتفظ لنفسه بحق الانتفاع بالعين المتصرف فيها وحيازتها مدى حياته، فعندئذ اعتبر هذا التصرف وصية تسرى عليه أحكامها.

٢- أن يحتفظ المتصرف لنفسه بأية طريقة بحيازة العين التى تصرف فيها – والحيازة المقصودة هنا هى الحيازة المادية، ويجوز لإثباتها بأية طريقة من طرق

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى – جزء ٦ – ص ٢٩٩.

الإثبات. ومثال ذلك أن يوقع المتصرف على عقود إيجار العين أو أن تبقى في يده العقد ولا يسجله.

٣- أن يحتفظ المتصرف لنفسه بالحق فى الانتفاع بالعين المتصرف فيها مدى حياته – فإذا إحتفظ المتصرف لنفسه بحق الانتفاع بالعين المتصرف فيها مدة معينة، ومكان المتوقع بحسب المجرى العادى للأمور أن يعين المتصرف قبل انتظار هذه المدة.

ويجب أن يستند حق المتصرف فى الانتفاع بالعين المتصرف فيها إلى مركز قانونى يجبر المتصرف على احترامه. مثال ذلك أن يتقرر للمتصرف حق انتفاع على العين المتصرف فيها، طوال حياته أو حق استعمال أو سكنى. وعلى ذلك فإن مجرد الانتفاع الفعلى لا يكفى فى حد ذاته لقول بالإحتفاظ للمتصرف إليه بحقه فى الانتفاع بالعين المتصرف فيها، بل يكون مثل هذا الانتفاع على سبيل التسامح ولا يعطى لصاحبه حقاً، وهذا هو ما ذهبت إليه محكمة النقض فى حكم حديث لها.

(نقض – جلسة ١٩٦٣/٤/٢٥ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ١٤ – ص ٧٩)

فإذا تجمعت هذه الشروط كان التصرف فى حقيقته وصية ولا يكلف ورثة المتصرف بإثبات ذلك، وإنما على المتصرف إليه إذا أراد أن يثبت أنه مع إحتفاظ المتصرف بحقه فى الانتفاع بالعين المتصرف فيها مدى حياته إلا أن التصرف قد تم بعوض، ومن ثم فهو ليس وصية بل بيع أو عقد آخر، ومتى اعتبر التصرف وصية فإنه لا يسرى إلا فى حدود الثلث(١).

ملاحظة:

ويراجع شهر الوصية وفقاً لتنظيم الشهر العقارى والسجل العينى فى: الوسيط.

من أحكام القضاء الحديثة:

١- متى كان الحكم المطعون فيه قد إنتهى إلى أن المتصرف لم يكن منجزاً وأنه يخفى وصية، فلا يكون لتسجيل العقد حال حياة البائع أى أثر فى تصحيح التصرف أو نقل الملكية، لأن التسجيل لا يصحح عقداً باطلاً، كما أنه لا يحول دون الطعن فى العقد بأنه يخفى وصية، ولا يسرى على هذا البطلان التقادم المنصوص عليه فى المادة ١٤٠ مدنى. ولا يقدح فى ذلك القول بأن إعتبار البطلان مطلقاً يتنافى مع إمكان إجازة التصرف من الورثة، ذلك أنه ليس للورثة أن يجيزوا التصرف بإعتباره بيعاً وإنما لهم أن يجيزوه على الإعتبار الصحيح بوصفه وصية، وفى هذه الحالة تجرى عليه أحكام الوصية التى يجيزها الورثة(٢).

(جلسة ١٩٦٤/١/٩ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ١٥ – مدنى – ص ٤٣)

---

(١) الحقوق العينية الأصلية – للدكتور محمد على عمران – المرجع السابق – ص ٦٤ وما بعدها، ويراجع: الوسيط – ٩ – للدكتور السنهورى المرجع السابق – ص ٢٢٥ وما بعدها، – ٩ – للدكتور السنهورى – صفحة ٢٣٥ ص ٢٤٢.

(٢) ويعلق الدكتور السنهورى بأن البيع هنا منعدم، لأن البيع الذى يستر وصية ليس إلا عقداً واحداً هو وصية مستترة تسرى عليه جميع أحكام الوصية وأن البيع الظاهر لا وجود له – الوسيط – ٩ – هامش ٣ – ص ٢٢٦.

٢- المقصود بالإحتفاظ مدى حياته مستنداً إلى حق ثابت لا يستطيع المتصرف إليه تجريده منه، ويكون ذلك إما عن طريق اشتراط حق المنفعة وعدم جواز التصرف فى العين، أو عن طريق الإيجار مدى الحياة، أو عن طريق آخر مماثل. ومن ثم لا يكفى لقيام القرينة القانونية أن يحتفظ المتصرف بالحيازة والانتفاع لحساب الغير ولو كان ذلك لمدى حياة المتصرف، إذ يكون الحق فى الانتفاع فى هذه الحالة مقرراً لهذا الغير. كما لا يكفى أن ينتفع المتصرف بالعين انتفاماً فعلياً حتى وفاته دون أن يكون مستنداً فى هذا الانتفاع إلى مركز قانونى يخوله حقاً فى الانتفاع. ومفاد ما تنص عليه المادة ٩١٧ مدنى هو أن القرينة التى تضمنتها لا تقوم إلا باجتماع شرطين:

أولهما- هو إحتفاظ المتصرف بحيازة العين المتصرف فيها،

وثانيهما- إحتفاظه بحقه فى الانتفاع بها، على أن يكون الإحتفاظ بالأمرين مدى حياته. فإذا كان الحكم المطعون فيه قد إنتهى بأسباب سائغة إلى أن حيازة المورث للأعيان المبيعة منه إلى ورثته وإستغلاله لها بعد البيع لم يكن لحساب نفسه ولكن لحسابهم تنفيذاً للتوكيل الصادر منهم إليه، فإن الحكم يكون قد نفى إحتفاظ المورث بحقه فى الانتفاع بالأعيان المتصرف فيها مدى حياته، مما تنتفى به القرينة القانونية الواردة فى المادة ٩١٧ مدنى.

(نقض - جلسة ١٩٦٣/٤/٢٥ - المرجع السابق - السنة ١٤ - ص ٥٧٩)

٣- القرينة القانونية المنصوص عليها فى المادة ٩١٧ من القانون المدنى لا تقوم - على ما جرى به قضاء محكمة النقض - إلا إذا كان المتصرف لأحد ورثته قد إحتفظ لنفسه للعين المتصرف فيها وبحقه فى الانتفاع بها على أن يكون الإحتفاظ بالأمرين مدى حياته لحساب نفسه مستنداً إلى حق لا يستطيع المتصرف إليه حرمانه منه.

(جلسة ١٩٦٦/١٠/٢٥ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٧ - مدنى - ص ١٥٨٣)

(ونقض - جلسة ١٩٦٥/٦/٢٤ - المرجع السابق - السنة ١٦ - ص ٨٠٨)

٤- لقاضى الموضوع سلطة التعرف على حقيقة العقد والتحرى عن قصد المتصرف من تصرفه فى ضوء ظروف الدعوى مادام قد برر قوله فى ذلك بما يحمله ويؤدى إليه. فإذا كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بإعتبار أن العقد موضوع النزاع يخفى وصية بعد أن استظهر فى أسباب سائغة قيام الشرطين اللذين تستلزمها القرينة القانونية المستفادة من نص المادة ٩١٧ من القانون المدنى وإنتهى إلى أن لتصرف موضوع النزاع يخفى ساتر لوصية مرتكناً فى ذلك إلى ما اطمأن إلى من أقوال الشهود وإلى قرائن أخرى بإعتبارها أدلة متساندة تؤدى فى مجموعها إلى ما إنتهى إليه من العقد يخفى وصية، فإن مؤدى ذلك من الحكم هو تنجيز التصرف.

(نقض - جلسة ١٩٦٧/١١/٢٩ - المرجع السابق - السنة ١٨ - ص ١٨٨٥)

(ونقض - جلسة ١٩٦٦/١١/٢٩ - المرجع السابق - السنة ١٧ - ص ١٧٣٥)

٥- القرينة القانونية التى استخدمها المشرع فى المادة ٩١٧ من القانون المدنى متصلة بموضوع الحق اتصالاً وثيقاً ولا يجوز إعمالها بأثر رجعى على التصرفات السابقة على تاريخ سريانه.

(نقض – جلسة ١٩٦٨/٢/١٣ – المرجع السابق – السنة ١٩ – ص ٢٧٣)

٦- وإن كان صحيحاً أن القرينة التى نصت عليها المادة ٩١٧ من القانون المدنى لا تقوم إلا باجتماع شرطين هما: إحتفاظ المتصرف بحيازة العين التى تصرف فيها، وإحتفاظه بحقه فى الانتفاع بها مدى حياته، إلا أن خلو العقد من النص عليهما ألا يمنع قاضى الموضوع إذا تمسك للورثة الذين أضر بهم التصرف بتوافر هذين الشرطين رغم عدم النص عليهما فى العقد، ومن استعمال سلطته فى التحقيق من توافرها للوقوف على حقيقة العقد المتنازع عليه وقصد المتصرف من تصرفه، وذلك فى ضوء ظروف الدعوى وملابستها غير متقيد فى ذلك بما ورد فى العقد من نصوص صريحة أدلة على تنجيزه، لأن للوارث أن يثبت بطرق الإثبات كافة مخالفة هذه النصوص للواقع متى كان قد طعن فى العقد بأنه يخفى وصية احتيال على أحكام الإرث.

(نقض – جلسة ١٩٦٨/٤/١٨ – المرجع السابق – السنة ١٩ – ص ٨٠٣)

٧- طعن الوارث بصورية تصرفات المورث المضرة به، إثباته بكافة الطرق، للوارث عند عدم توافر شروط القرينة القانونية الواردة بالمادة ٩١٧ مدنى إثبات حيازة المورث للعين المتصرف فيها كقرينة من القرائن القضائية.

(نقض – جلسة ١٩٧١/٣/١١ـ المرجع السابق – السنة ٢٢ – ص ٢٨٩)

(ونقض – جلسة ١٩٧٣/٢/١٧ – المرجع السابق – السنة ٢٤ – ص ٢٦٥)

٨- صدور التصرف من المورث إلى غير وارث، عدم انطباق المادة ٩١٧ مدنى، للوارث الذى يطعن على التصرف بأنه وصية، إثبات إحتفاظ المورث بحيازة العين المتصرف فيها وبحقه فى الانتفاع بها كقرينة قضائية تخضع لمطلق تقدير القاضى.

(نقض – جلسة ١٩٧٥/٦/٢٦ – المرجع السابق – السنة ٢٦ – ص ١٣١٤)

٩- القرينة المنصوص عليها فى المادة ٩١٧ مدنى شرط إعمالها أن يكون المتصرف إليه وارثاً للمتصرف، عدم استفادة المورث من هذه القرينة.

نقض – جلسة ١٩٧٩/٤/٥ – المرجع السابق – السنة ٣٠ – ص ٢٧٠)

١٠- يشترط لإنطباق المادة ٩١٧ من القانون المدني وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن يكون المتصرف إليه وارثا، فإذا لم يتوافر هذا الشرط كان للوارث الذى يطعن على التصرف بأنه يستر وصية إثبات هذا الطعن بكافة طرق الإثبات، وله في سبيل ذلك أن يثبت إحتفاظ المورث بحيازة العين المتصرف فيها وبحقه في الإنتفاع بها كقرينة قضائية يتوصل بها إلى إثبات مدعاه، والقاضى بعد ذلك حر في أن يأخذ بهذه القرينة أو لا يأخذ بها شأنها في ذلك شأن سائر القرائن القضائية التى تخضع لمطلق تقديره.

(الطعن ٤٥٧ لسنة ٥٨ق جلسة ١٩٩٠/٣/١٥ لك ينشر بعد)

١١- الوصية تنفذ من غير إجازة الورثة في حدود ثلث التركة بعد سداد ديون الميت وهو ما يوجب على المحكمة إذا وصفت العقد بأنه وصية أن تستظهر عناصر التركة وتقدر صافى قيمتها ومقدار الثلث الذى يجوز فيه الإيصاء بغير إجازة وتتناول التصرف المطروح عليها للتحقق مما إذا كان يدخل في حدود الثلث فتقضى بصحته فإن تجاوزت قيمته هذا النطاق قضت بصحة القدر الذى يدخل في حدوده.

(الطعن ١٥٣٢ لسنة ٥٥ق جلسة ١٩٩١/١٠/٩ س٤٢ ص١٥١٧)

١٢- إذ كان الثابت في الدعوى أن الطاعن تمسك أمام محكمة الموضوع بأن تصرف المورثة هو في حقيقته وصية وأنه يجوز له إثبات حقيقة العقد بكافة طرق الإثبات، وكان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أنه أغفل الرد على هذا الدفاع استناداً إلى أن التصرف المطعون عليه صادر لغير وارث مما لا ينطبق عليه حكم المادة ٩١٧ من القانون المدني حاجباً بذلك نفسه عن تمحيص الدليل الذي ساقه الطاعن ويجوز له الركون إليه في إثبات دعواه فإنه يكون معيباً.

(الطعن رقم ٣٥٨٦ ـ لسنة ٥٩ ق ـ تاريخ الجلسة ١٧ / ١٢ / ٢٠٠٢)

١٣- المقرر في قضاء هذه المحكمة أن عدم انطباق شروط المادة ٩١٧ من القانون المدني لكون المتصرف إليه غير وارث وإن كان يؤدي إلى عدم جواز إعمال القرينة المنصوص عليها في هذه المادة وبالتالي إلى عدم إغفال الوارث الذي يطعن على التصرف بأنه ستر وصية من إثبات هذا الطعن إلا أن ذلك لا يمنعه من أن يتحمل هو إثبات طعنه وله في سبيل ذلك أن يثبت احتفاظ المورث بحيازة العين التي تصرف فيها كقرينة قضائية يتوصل بها إلى إثبات مدعاه والقاضي بعد ذلك حر، في أن يأخذ بهذه القرينة أو لا يأخذ بها شأنها في ذلك شأن سائر القرائن القضائية التي تخضع لمطلق تقديره.

(الطعن رقم ٣٥٨٦ ـ لسنة ٥٩ ق ـ تاريخ الجلسة ١٧ / ١٢ / ٢٠٠٢)

١٤- ان النص في المادة ٩١٧ من القانون المدني على أنه " إذا تصرف شخص لأحد ورثته واحتفظ بأية طريقة كانت بحيازة العين التي تصرف فيها، وبحقه في الإنتفاع بها مدى حياته، اعتبر التصرف مضافاً إلى ما بعد الموت وتسرى عليه أحكام الوصية ما لم يقم دليل يخالف ذلك" يدل وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – على ان المشرع قد أنشأ قرينة قانونية على توافر نية الإيصاء في أي تصرف يجريه المورث لأحد ورثته إذا إحتفظ بأية طريقة بحيازة العين وبالإنتفاع بها مدى حياته فإن توفرت أعفت الوارث من إثبات طعنه على تصرفات مورثه ٠

(الطعن رقم ١٢٨ ـ لسنة ٧٤ ق ـ تاريخ الجلسة ١٤ / ٠٣ / ٢٠٠٥)

١٥- المقرر – في قضاء هذه المحكمة – أن حق الوارث في الطعن على تصرف المورث بأنه وصية لا بيع قصد به التحايل على أحكام الآرث هو حق خاص مصدره القانون ويعتبر الوارث في حكم الغير بالنسبة للتصرف الصادر من المورث إلى وارث آخر متى كان طعنه على التصرف انصب على أنه يخفى وصية إضرارا بحقه في الميراث. وإدراكا من المشرع للأعراف السائدة في المجتمع ورغبة منه في

احترام أحكام المواريث فإن ما ورد بنص المادتين ٩١٦، ٩١٧ من القانون المدني لا يعدو أن يكون تقريرا لقيام قرينتين قانونيتين لصالح الوارث حماية لحقه، إذ من شأن أي منهما أن تعفيه من إثبات أن تصرف مورثه ينطوي على وصية فينتقل بذلك عبء الإثبات على عاتق المتصرف إليه، إلا أنه يبقى للوارث عند تخلف شروط أي من القرينتين أو كليهما أن يدلل بكافة طرق الإثبات على أن القصد الحقيقي للمورث هو الإيصاء وإضافة التصرف إلى ما بعد الموت، ويتعين على قاضي الدعوى أن يتصدى لما يقدمه الوارث من أدلة وقرائن ويقيمه في ضوء ظروف كل دعوى وملابساتها ولا يكفيه القول أن شروط هذه القرينة أو تلك لم تتوافر. لما كان ذلك، وكانت الطاعنة قد دفعت بصورية العقود محل الدعوى وساقت تأييدا لذلك قرائن منها احتفاظ المورث بحيازته العقارات محل هذه العقود وانتفاعه بها مدى حياته، وصدور العقود أثناء مرضه غير أن الحكم في مقام الرد على هذا الدفاع اكتفى بالقول بانتفاء شروط إعمال نص المادة ٩١٦ من القانون المدني وهو ما لا يواجه ما شهد به شهودها وما ساقته من قرائن مما يعيبه بالقصور في التسبيب بما يوجب نقضه.

(الطعن رقم ١٨٧ ـ لسنة ٦٧ ق ـ تاريخ الجلسة ٢٨ / ١٢ / ٢٠٠٩)

* * *

obeikan.com

٤ـ الإلتصاق
الإلتصاق بالعقار
مادة (٩١٨)

الأرض التى تتكون من طمى يجلبه النهر بطريقة تدريجية غير محسوسة تكون ملكاً للملاك المجاورين.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٩٢٢ ليبى و ١١١٣ عراقى و ٢٠٦ لبنانى و ٧٣٠ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

يراجع – لاحقاً – التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد على نص المادة ٩٢١ مدنى.

رأى الفقه:

١– يستخلص من نص المادة ٩١٨ مدنى أنه يشترط فى تراكم الطمى بفعل مياه النهر أن يكون الطمى قد جلبه النهر بطريقة تدريجية غير محسوسة، فيجب إذن أن يتراكم الطمى على ضفة النهر، وبجانب الأرض المجاورة متدرجاً فى خلال مدد طويلة متعاقبة وعلى وجه غير محسوس. أما إذا حول النهر فجأة بفعل قوة الفيضان غير العادى أرضاً من مكانها إلى مكان آخر، فليس هذا تراكم الطمى التدريجى غير المحسوس وإنما هو طرح النهر، ولا تكون الأرض المنتزعة ملكاً للملاك المجاورين بطريق الإلتصاق، وإنما تكون من الأملاك الخاصة للدولة وتسرى عليها القوانين الخاصة. وقد يظهر فجأة بعد أن يكون قد تكون تدريجياً. ويجب أن تعلو الأرض المتكونة من الطمى أعلى منسوب المياه فى أشد وقت من أوقات فيضان النهر، وذلك بشرط أن يكون الفيضان عادياً، ويستوى أن يكون تراكم الطمى قد نشأ من فعل مياه النهر بطبيعتها أو أن يكون هذا التراكم قد جاء نتيجة لأعمال قام بها الملاك المجاورون أو الغير على ضفتى النهر. ويجب أخيراً أن تكون الأرض المتكونة من الطمى قد تكونت ملاصقة لضفة النهر،فإذا حال بينها وبين شفة النهر جسر مجرى عام أو كانت المياه لا تزال تجرى بينه وبين ضفة النهر فإنها لا تخضع لأحكام الإلتصاق.

ومتى توافرت الشروط المتقدمة فإن الأرض المتكونة من الطمى تصبح ملكاً لمالك الأرض المجاورة وذلك بطريق الإلتصاق، وهذه هى الصورة الوحيدة للتملك بالإلتصاق بفعل المياه. ويلاحظ أن الأرض المتكونة من الطمى كانت قبل أن تلتصق بصفة النهر طمياً من أملاك الدولة العامة، فأصبح بالإلتصاق ملكاً خاصاً لمالك الأرض المجاورة. ولا يلتزم هذا المالك بدفع تعويض للدولة. وعلى ذلك يكون الإلتصاق قد نقل الشئ من الملك العام للدولة إلى الملك الخاص لصاحب الأرض

المجاورة دون تعويض، وهنا أيضاً تكون هذه الحالة هى الحالة الوحيدة التى يتملك فيها صاحب لشئ الأصلى بالإلتصاق الشئ التابع دون أن يدفع تعويضاً لصاحب هذا الشئ التابع.

وإذا تعددت الأراضى المجاورة للأرض التى تكونت من الطمى على النحو سالف الذكر، واختلف ملاكها، تملك كل مالك منهم الجزء المقابل لأرضه، أى الجزء الواقع بين مستقيمين عموديين مقامين على وجه النهر من نهايتى كل أرض(١).

٢- حتى تكون الأرض التى تتكون من طمى النهر ملكاً للملاك المجاورين، يجب أن تتوافر عدة شروط:

(١) أن يتكون الطمى طريقة تدريجية غير محسوسة – أما إذا تكونت أرض الطمى فجأة بسبب فيضان شديد مثلاً، فلا يمكن تطبيق الحكم الوارد فى المادة ٩١٨ مدنى، بل تكون الأرض المنتزعة ملكاً خاصاً للدولة وتسرى عليها أحكام القوانين الخاصة.

(٢) أن يرتفع الطمى عن أعلى منسوب للمياه وقت الفيضان – فإذا ظلت الأرض المتكونة بفعل الطمى مطمورة تحت سطح الماء فلا ينطبق الحكم الوارد فى المادة ٩١٨ مدنى، ولا يكفى أن ترتفع هذه الأرض عن منسوب المياه فى الأوقات العادية، بل يجب أن ترتفع عن أعلى منسوب للمياه فى أوقات الفيضان العادى. واما إذا كان منسوب المياه فى الأوقات غير العادية للفيضان يعلو هذه الأرض المتكونة بفعل الطمى، فإن ذلك لا يحول دون انطباق الحكم الوارد فى المادة ٩١٨ مدنى.

وتنقسم ملكية الأرض المكونة بفعل طمى النهر بين الملاك المجاورين كل بنسبة امتداد أرضه بغض النظر عن مساحتها.

(٣) ألا يكون لإدارة الملاك المجاورين دخل فى تكوين أرض الطمى فإذا ما تدخلت إرادة الملاك المجاورين لترسيب الطمى بوضع رءوس حجارة أو سدود فى مجرى النهر مثلاً، فإن الأرض التى تتكون نتيجة لذلك لا تكون مملوكة لهم، إذ أن ذلك يعتبر تعدياً على مجرى النهر وللإدارة الحق فى منعه، ويكون الطمى المتكون هنا ملكاً للدولة.

(٤) أن تلتصق الأرض المتكونة بفعل الطمى بالأراضى المجاورة – فإذا لم يلتصق الطمى المتكون بالأراضى الملاصقة لمجرى النهر إلتصاقاً تاماً لا يفصله فاصل ولو كان ضيقاً، فإن أرض الطمى لا تعتبر ملكاً للملاك المجاورين بل تعتبر ملكاً للدولة.

فإذا توافرت هذه الشروط وجب تطبيق الحكم الوارد فى المادة ٩١٨ مدنى، وتبعاً لذلك يجب على الدولة تعويض ملاك الأراضى الملاصقة إذا ما أرادت أن تطهر مجرى النهر وكان فى ذلك اعتداء على أرض الطمى(٢).

---

(١) الوسيط – ٩ – للدكتور السنهورى – المرجع السابق – ص ٢٥٢ وما بعدها.
(٢) الحقوق العينية الأصلية – للدكتور محمد على عمران – المرجع السابق – ص ٧٠ و ٧١.

٣- يتضح من نص المادة ٩١٨ مدنى أن الأرض التى تتكون من الطمى يجب أن تتكون بطريقة تدريجية غير محسوسة، أى نتيجة ترسب الطمى على مر ألزمن عاماً بعد عام على حافة الأرض الملاصقة لمجرى النهر. فإذا حدثت زيادة فى الأرض الملاصقة لمجرى النهر دفعة واحدة بأن اقتطعت مياه النهر بقوة اندفاعها جزءاً من الأرض وألقت به فى مكان آخر، فلا تكون بصدد طمى بل بصدد ما يطلق عليه (طرح النهر) وهذا لا يتملكه ملاك الأراضى المجاورة التى التصق بها، بل يكون ملكاً للدولة. والتدرج شرط فى تكوين الأرض لا فى ظهورها، فقد تظهر فجأة بعد أن تكون قد تكونت تحت منسوب المياه، وعندئذ يتوفر الشرط المطلوب، وهو التكوين بطريقة تدريجية غير محسوسة. وحتى يمكن القول إن الأرض قد تكونت يجب أن تظهر فوق أعلى منسوب للمياه أثناء الفيضان دون نظر إلى حالات الفيضان غير العادية، فإذا كان مستوى الأرض دون ذلك فتعتبر جزءاً من مجرى النهر.

من أحكام القضاء الحديثة:

١- ويشترط لتملك مالك الأرض للجزء الذى يتكون بفعل الطمى أن يكون هذا الجزء مجاوراً لأرضه، أى ملتصقاً بها، فإذا لم يتحقق هذا التلاصق، كما لو وجد للأحكام التى أوردها المشرع بهذا الخصوص، كما يجوز للأخير أن يثبت أن هناك إتفاقاً بينه وبين صاحب الأرض على أن يمتلك الأجنبى المنشآت المقامة من قبل بأى تصرف ناقل للملكية، كذلك يستطيع الأجنبى أن يثبت أن هناك إتفاقاً بينه وبين صاحب الأرض يخوله الحق فى إقامة منشآت وتملكها، وفى الحالتين الأخيرتين حيث يوجد إتفاق على مصير المنشآت، فإنه يجب إعمال هذا الإتفاق ويمتنع التحدى بقواعد الإلتصاق.

(جلسة ١٩٦٨/٦/١١ – مجموعة الكتب الفنى – لسنة ١٩ مدنى – ص١١٣٣)

٢- التملك بالإلتصاق، شرطه ألا يوجد إتفاق بين صاحب الأرض وصاحب المنشآت على مصير هذه المنشآت.

(نقض – جلسة ١٩٧٥/١٢/٢٣ – المرجع السابق – لسنة ٢٦ – ص ١٦٥٩)

٣- ملكية صاحب الأرض لما عليها وما تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى (م ٩٢٢ مدنى)، قرينة قانونية قابلة لإثباته العكس، عدم التحدى بقواعد الإلتصاق عند وجود إتفاق يخالفها.

(نقض – جلسة ١٩٨١/١/٢٨ – الطعن ٣٥٤ لسنة ٥٠ق – لم ينشر بعد)

* * *

مادة (٩١٩)

١- الأرض التي ينكشف عنها البحر تكون ملكاً للدولة.

٢- ولا يجوز التعدّي على أرض البحر إلا إذا كان ذلك لإعادة حدود الملك الذي طغى عليه البحر.

جاء بمذكرة المشروع التمهيدي:

الإلتصاق بفعل مياه البحر يكون بإنكشاف البحر عن أرض كان قد طغى عليها من قبل، فترجع لصاحبها الذي كان يملكها قبل طغيان البحر عليها، أما إذا إنكشف الحر عن أرض لم تكن مملوكة لأحد، فإن هذه الأرض تكون ملكاللدولة ولا يجوز لأحد أن يتعدى عليها (م١٣٥٤ من المشروع وتوافق م ٦٣ فقرة ٣ و٨٧/٦٣ و٨٨ من التقنين الحالي).

من أحكام النقض الحديثة:

١- تعتبر أطيان الجزائر "طرح البحر" عملاً بنص المادة ٦١ من القانون المدني القديم وبنصوص اللائحة السعيدية الصادرة في ٢٤ من ذي الحجة سنة ١٢٧٤هـ- مملوكة أصلاً للحكومة، ولا تنتقل ملكيتها إلى الأفراد إلا بتوزيعها عليهم أو بيعها إليهم بالمزاد. وإذن فإن الحكم المطعون فيه إذ سجل عجز مورث الطاعنين عن إثبات تملكه لهذه الأطيان بأي سبب من أسباب التملك يكون قد أقام قضاءه بملكية الحكومة لها وبرفض دعوى المورث المذكور على أساس يكفي لحمله.

(الطعن رقم ١٨٥ - لسنة ٢٠ ق - تاريخ الجلسة ٢٦ / ١١ / ١٩٥٣)

٢- إنه وفقاً لأحكام القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٣٢ تعتبر أطيان طرح البحر بمجرد ظهورها ملكاً للدولة وأنه يتعين عليها أن تراعي أحكام القانون في توزيع ما يجوز توزيعه من هذه الأطيان، فهي تملك أطيان طرح البحر ابتداء بمجرد ظهورها ثم تملك ما يجوز توزيعه منها على أرباب أكل البحر وملكيتها لهذا الطرح هي ملكية محررة من أي شرط واقف أو فاسخ وإنما عليها أن تراعي في توزيعها الشروط المبينة في القانون.

(الطعن رقم ٢٧٤ - لسنة ٢١ ق - تاريخ الجلسة ١٦ / ١٢ / ١٩٥٤)

٣- تعتبر أراضي طرح البحر - وفقاً لنصوص المادتين ٢ و١٠ من القانون رقم ٤٨ سنة ١٩٣٢ - من أملاك الدولة التي توزع بقرار من وزير المالية غير قابل للمعارضة فيه. ويعتبر هذا القرار سنداً للملكية له قوة العقد الرسمي. وهذه النصوص إنما تسري على أراضي "الميري" الخاصة المتخلفة عن طرح البحر ولا شأن لها بالأملاك العامة. فإذا كان الحكم المطعون فيه قد نفى تخلف الأجزاء المطالب بمقابل الانتفاع بها عن طرح البحر لوقوعها في مجرى النهر المعتبر من الأموال العامة التي لا يجوز تملكها أو التصرف فيها، فإنها لا تكون محلاً لصدور قرار من وزير المالية بتوزيعها ولا قرار من جهة الإدارة بإضافتها إلى الملك الخاص للأفراد. وصدور مثل هذا القرار لا يكون مستنداً إلى القانون ويكون من حق جهة الإدارة العدول عنه.

(الطعن رقم ٥٣١ - لسنة ٢٦ ق - تاريخ الجلسة ٢٤ / ٠٥ / ١٩٦٢)

مـادة (٩٢٠)

ملاّك الأراضي الملاصقة للمياه الراكدة كمياه البحيرات والبرك، لا يملكون ما تنكشف عنه هذه المياه من أراض ولا تزول عنهم ملكية ما تطغى عليه هذه المياه.

جاء بمذكرة المشروع التمهيدي:

الإلتصاق بفعل المياه الراكدة كالبحيرات والبرك يكون بإنكشاف هذه المياة عن أرض كانت قد طغت عليها من قبل فترجع لصاحبها، أما إذا إنكشفت عن أرض لم تكن مملوكة لأحد فإن هذه الأرض تكون ملكاً للدولة، فحكم المياه الراكدة كحكم مياه البحر (م١٣٥٥ من المشروع وقارن م ٦١ فقرة أولى/٨٦ من التقنين الحالي).

من أحكام القضاء الحديثة:

١- إنه بعد إذ كانت المادة ٩ من التقنين المدني السابق تنص في البند (رابعاً) منها على أن "البرك والمستنقعات المتصلة بالبحر مباشرة والبحيرات المملوكة للميري" تعتبر من الأملاك الميرية المخصصة للمنافع العمومية التي لا يجوز تملكها بوضع يد الغير عليها المدة المستطيلة، ولا يجوز حجزها ولا بيعها، وإنما للحكومة دون غيرها التصرف فيها بمقتضى قانون أو أمر، صدر التقنين المدني الجديد ونص في الفقرة (١) من المادة ٨٧ منه على أن "تعتبر أموالاً عامة العقارات والمنقولات التي للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة، والتي تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو مرسوم". وقد اشترطت هذه المادة في المال العام شرطين: (أولهما) أن يكون عقاراً كان أو منقولاً، مملوكاً للدولة أو للأشخاص المعنوية العامة كالمديريات والمدن والقرى. و(الثاني) أن يكون هذا المال مخصصاً لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو مرسوم (قرار جمهوري). فأوردت بذلك تعريفاً عاماً تعين بمقتضاه الأموال العامة، ويغني عن البيان المطول الذي كانت تتضمنه المادتان ٩، ١٠ من التقنين المدني القديم. وقد أخذ المشرع في هذا التعريف بمعيار التخصيص للمنفعة العامة، وهو المعيار الذي يأخذ به الرأي الراجح في الفقه والقضاء. وقد جرت مناقشات لمشروع هذه المادة في لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ قيل فيها أن حكمها لا ينسحب على بعض ما يعتبر من الأموال العامة وفقاً للمادة ٩ من التقنين المدني القديم مثل البرك والمستنقعات المستملحة المتصلة بالبحر مباشرة والبحيرات المملوكة للميري، إذ أن تخصيصها للمنفعة العامة غير واضح. ولكن انتهى الرأي إلى أن المعيار العام الذي وضعه النص سليم، وأن التزام هذا المعيار يغني عن إيراد الأمثلة، وأنه يكفي أن يقرر التقنين المدني القاعدة العامة في هذا الشأن، أما التفصيل فهو أدخل في نطاق القانون الإداري. ومعيار التخصيص للمنفعة العامة الذي أوردته المادة ٨٧ من التقنين المدني الجديد هو ذات المعيار الذي كان مقرراً بنص المادة ٩ من التقنين المدني القديم، مما يدل على أن المشرع لم يرد الخروج على الأوضاع التي استقرت في ظل هذا التقنين، ولم يقصد إلى التضييق من نطاق الأموال العامة التي كانت معتبرة كذلك في ظل

النصوص القديمة، بل عمد إلى الإبقاء لها على هذه الصفة ما دامت مخصصة لخدمة الجمهور مباشرة أو لخدمة المرافق العامة سواء كانت قد أوجدتها الطبيعة بدون تدخل الإنسان، أو كانت من تهيئة الإنسان، وغني عن البيان أن الأموال العامة الطبيعية التي هيأتها صفاتها التي أوجدتها الطبيعة دون أن تتدخل فيها يد الصنعة للانتفاع بها انتفاعاً عاماً هي أوقع صور الأموال العامة. ويمكن أن تعد من هذا القبيل ملاحة بور فؤاد موضوع العقد مثار النزاع التي هي متصلة بالبحر مباشرة، ومملوكة للدولة ومخصصة لمنفعة عامة، والتي يتضح من موقعها وتحديدها وأوصافها المبينة بالعقد المشار إليه أنها تتوافر لها خصائص المال العام.

(الطعن رقم ٢٤٨٧ ـ لسنة ٦ ق ـ تاريخ الجلسة ١٩ / ٠٥ / ١٩٦٢)

٢- من حيث أنه ولئن كانت المادة (٨٧) من القانون المدني (المعدلة بالقانون رقم ٣٣٦ لسنة ١٩٥٤) قد عدلت عن تعداد ما يعتبر من الأموال العامة على النحو الذي كانت تجري به عبارة المادة (٩) من التقنين القديم، إلا أن معيار التخصيص للمنفعة العامة الذي كان مقرراً بنص المادة (٩) من التقنين المدني القديم التي أوردت بعجزها "وعلى وجه العموم جميع الأموال الميرية المنقولة أو الثابتة المخصصة لمنفعة عمومية بالفعل أو بمقتضى قانون أو أمر به. وقد جرت مناقشات بلجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ حول صياغة مشروع المادة (٨٧) من القانون المدني، قيل فيها أن حكمها لا ينسحب على بعض ما يعتبر من الأموال العامة وفقاً للمادة (٩) من التقنين القديم مثل البرك والمستنقعات المستصلحة المتصلة بالبحر مباشرة والبحيرات المملوكة للميري إذ أن تخصيصها للمنفعة العامة غير واضح، ولكن انتهى الرأي إلى أن المعيار العام الذي وصفه النص المقترح سليم وأن التزام هذا المعيار يغني عن إيراد الأمثلة لذلك. مما يدل على أن المشرع لم يرد الخروج على الأوضاع التي استقرت في ظل التقنين القديم، ولم يقصد إلى التضييق من نطاق الأموال العامة التي كانت معتبرة كذلك في ظل نصوص التقنين القديم.

(الطعن رقم ١١٦٦ ـ لسنة ٣٠ ق ـ تاريخ الجلسة ٠٥ / ٠٤ / ١٩٨٦)

* * *

مـادة (٩٢١)

الأراضي التي يحوّلها النهر من مكانها أو ينكشف عنها، والجزائر التي تتكون في مجراه، تكون ملكيتها خاضعة لأحكام القوانين الخاصة بها.

جاء بمذكرة المشروع التمهيدي:

الإلتصاق بفعل مياه النهر، قد يكون من طريق طمي يجلبه النهر بطريقة تدريجية غير محسوسة، فالأرض التي تتكون من هذا الطمي تكون ملكاً للملاك المجاورين (م١٣٥٣ من المشروع وتوافق م ٨٤/٦٠ من التقنين الحالي) أو يكون من طريق أراضي يحولها النهر عن مكانها أو ينكشف عنها أو جزائر تتكون في مجراه وهذا ما يسمى بطرح البحر ويسري قانون خاص هو الآن القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٣٢ (م١/٥٦ من المشروع وتوافق م ٦١ /٨٥ من التقنين الحالي).

* * *

obeikan.com

مادة (٩٢٢)

١ـ كل ما على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى، يعتبر من عمل صاحب الأرض أقامه على نفقته ويكون مملوكاً له.

٢ـ ويجوز مع ذلك أن يقام الدليل على أن أجنبياً قد أقام هذه المنشآت على نفقته، كما يجوز أن يقام الدليل على أن مالك الأرض قد خوّل أجنبياً ملكية منشآت كانت قائمة من قبل أو خوّله الحق في إقامة هذه المنشآت وتملّكها.

من أحكام القضاء الحديثة:

١- وإن كان الأصل – طبقاً لنص المادة ١/٩٢٢ من القانون المدني – أن كل ما على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى يكون ملكاً لمالك الأرض إلا أنه يجوز إثبات عكس ذلك إذ نصت الفقرة الثانية من المادة المشار إليها على أنه يجوز مع ذلك أن يقام الدليل على أن أجنبياً قد أقام هذه المنشآت على نفقته.

(الطعن رقم ٢٠٢ ـ لسنة ٣٢ ق ـ تاريخ الجلسة ٠٥ / ٠٥ / ١٩٦٦)

٢- يبين من نص المادة ٩٢٢ من القانون المدني أن المشرع وضع بالفقرة الأولى منه قرينة قانونية تقضي بأن كل ما يوجد على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى يعتبر من عمل صاحب الأرض وأنه هو الذي أنشأه على نفقته فيكون مملوكاً له، وهذه القرينة قابلة لإثبات العكس فأجازت الفقرة الثانية للأجنبي أن يقيم الدليل على أنه هو الذي أقام هذه المنشآت على نفقته دون سابق اتفاق مع صاحب الأرض فإذا نجح في إثبات ذلك تملك صاحب الأرض المنشآت بالالتصاق مقابل أن يعوض صاحبها وفقاً للأحكام التي أوردها المشرع بهذا الخصوص، كما يجوز للأخير أن يثبت أن هناك اتفاقاً بينه وبين صاحب الأرض على أن يتملك الأجنبي المنشآت المقامة من قبل أي تصرف ناقل للملكية، كذلك يستطيع الأجنبي أن يثبت أن هناك اتفاقا بينه وبين صاحب الأرض يخوله الحق في إقامة منشآت وتملكها، وفي الحالتين الأخيرتين حيث يوجد اتفاق على مصير المنشآت فإنه يجب إعمال هذا الاتفاق ويمتنع التحدي بقواعد الالتصاق.

(الطعن رقم ٢٩٦ ـ لسنة ٣٤ ق ـ تاريخ الجلسة ١١ / ٠٦ / ١٩٦٨)

٣- إنه وإن كانت الفقرة الثانية من المادة ٩٢٢ من القانون المدني قد أجازت نقض القرينة التي تقيمها الفقرة الأولى على ملكية مالك الأرض لكل ما عليها من مبان، بأن يقيم الأجنبي الدليل على أنه قد أقام هذه المنشآت على نفقته أو أن مالك الأرض قد خوله ملكية منشآت كانت قائمة من قبل أو خوله الحق في إقامة هذه المنشآت وتملكها، إلا أنه إذا كان سند هذا التخويل هو عقد بيع فإن ملكية المنشآت لا تنتقل إلى المشتري الباني بمجرد صدور الترخيص له بالبناء من مالك الأرض وإنما بتسجيل عقد البيع لأن عقد البيع غير المسجل وإن كان يلزم البائع بتسليم المبيع مما يترتب عليه أن تكون للمشترى حيازة المبيع والانتفاع به إلا أن هذا العقد غير المسجل

لا يترتب عليه تملك المشترى لما يقيمه من مبان على الأرض المبيعة لأن حق القرار حق عيني من قبيل الملكية فلا ينشأ ولا ينتقل وفقا لحكم المادة التاسعة من قانون الشهر العقاري إلا بالتسجيل، أما قبل تسجيل سند المشتري الباني فإن ملكية المنشآت تكون للبائع بحكم الالتصاق مقابل أن يدفع للمشترى أقل القيمتين قيمة المواد وأجرة العمل أو قيمة ما زاد في ثمن الأرض بسبب المنشآت، وذلك ما لم يطلب صاحب المنشآت نزعها، وهذا ما تنص عليه المادة ٩٢٥ من القانون المدني، و من ثم فإن كل ما للمشتري الباني الذي لم يسجل عقده إذا لم يختر نزع المنشآت، هو أن يطالب صاحب الأرض بما هو مستحق له طبقا لتلك المادة وأن يتخذ في سبيل إجباره على أدائه ما يخوله القانون للدائنين من وسائل لاستيفاء ديونهم.

(الطعن رقم ٢٨٣ ـ لسنة ٣٥ ق ـ تاريخ الجلسة ١٩ / ٠٦ / ١٩٦٩)

٤- إذا كانت ملكية الأرض طبقاً للمادة ٢/٨٠٣ من القانون المدني تشمل ما فوقها وما تحتها إلا أن الفقرة الثالثة من هذه المادة نصت على أنه يجوز بمقتضى القانون أو الاتفاق أن تكون ملكية سطح الأرض منفصلة عن ملكية ما فوقها أو ما تحتها و هو ما أكده المشرع في المادة ٩٢٢ من القانون المدني، بتقريره أن كل ما على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى يكون ملكاً لصاحب الأرض وأنه مع ذلك يجوز أن يقام الدليل على أن أجنبياً قد أقام هذه المنشآت على نفقته. ولئن كان من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن آلات المطحن الثابتة في الأرض على سبيل القرار تعتبر عقاراً لا تنتقل ملكيته إلا بالتسجيل، إلا أنه في نطاق ضريبة التركات تدخل ضمن أصول التركة العقارات التي خلفها المتوفى، ويكون قد اشتراها قبل وفاته بعقود عرفية لم تسجل. لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد استند في ملكية مورث الطاعنين لثلاثة أرباع ماكينة الطحين إلى عقد البيع العرفي وإلى قرائن أخرى أوردها في أسبابه فإنه لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون.

(الطعن رقم ٤٨١ ـ لسنة ٣٧ ق ـ تاريخ الجلسة ٠٨ / ٠٥ / ١٩٧٤)

٥- يبين من نص المادة ٩٢٢ من القانون المدني – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن المشرع وضع في الفقرة الأولى منه قرينة قانونية تقضي بأن كل ما يوجد على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى يعتبر من عمل صاحب الأرض وأنه هو الذي أنشأه على نفقته فيكون مملوكاً له، غير أن هذه القرينة قابلة لإثبات العكس فأجازت الفقرة الثانية للأجنبي أن يثبت أن هناك اتفاقا بينه وبين صاحب الأرض خوله الحق في إقامة منشآت وتملكها وفي هذه الحالة يجب إعمال هذا الاتفاق ويمتنع التحدي بقواعد الالتصاق.

(الطعن رقم ١٩٩ ـ لسنة ٤٠ ق ـ تاريخ الجلسة ١٧ / ٠٦ / ١٩٧٥)

٦- يشترط حتى يتحقق التملك بالالتصاق طبقاً لنص المادة ٩٢٢/١ من القانون المدني ألا يكون هناك اتفاق بين صاحب الأرض وصاحب المنشآت على مصير هذه المنشآت بحيث إذا وجد هذا الاتفاق فإنه يجب إعماله ويمتنع التحدي بقواعد الالتصاق.

(الطعن رقم ١٩٢ ـ لسنة ٤١ ق ـ تاريخ الجلسة ٢٣ / ١٢ / ١٩٧٥)

٧- إذ يبين من الأوراق أن المطعون عليه يطالب بالتعويض عن الأشجار تأسيساً على أنه قام بغرسها في الأرض التي كان يستأجرها من المالك السابق ولما آلت ملكية هذه الأرض إلى الدولة بقرار ٨/١١/١٩٥٣ - الصادر من مجلس قيادة الثورة بمصادرة أموال أسرة محمد على - وتولى الإصلاح الزراعي إدارتها حرر عقد إيجار مع المطعون عليه عن هذه الأرض ثم بيعت إلى شركة المقطم التي حلت محلها الشركة الطاعنة وأن الشركة الأخيرة تسلمت جزءاً من الأرض المذكورة بما عليها من أشجار، مما مفاده أن المطعون عليه يستند في ملكيته لهذه الأشجار إلى عقد الإيجار. ولما كان الحكم الإبتدائي المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه قد إستخلص للأسباب السائغة التي أوردها أن المؤجر الأصلي كان يعلم بما أحدثه المطعون عليه من غراس في الأرض المؤجرة وأنه ليس في الأوراق ما يدل على أنه إعترض على زراعتها، فإنه يكون للمطعون عليه أن يطالب بالتعويض عن هذه الأشجار عند إنقضاء عقد الإيجار عملاً بحكم المادة ٥٩٢/١ من القانون المدني ولا يكون هناك وجه لما تدعيه الطاعنة من أن هذه الأشجار قد إنتقلت ملكيتها إلى الدولة مع الأرض المصادرة التي كان يستأجرها المطعون عليه بالتطبيق لنص المادة ٩٢٢/١ من القانون المدني.

(الطعن رقم ١٩٢ ـ لسنة ٤١ ق ـ تاريخ الجلسة ٢٣ / ١٢ / ١٩٧٥)

٨- أقام المشرع فى الفقرة الأولى من المادة ٩٢٢ من القانون المدنى قرينة مفادها أن ما يوجد على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت يعتبر من عمل صاحب الأرض و مملوكا له، و أجاز فى فقرتها الثانية للأجنبى أن يقيم الدليل على أنه هو الذى أقام لمنشآت على نفقته أو أن هناك إتفاقاً بينه و بين صاحب الأرض يخوله إقامة المنشآت و تملكها، بيد أنه إذا كان سند تخويله إقامة المنشآت هو عقد البيع فإن ملكيتها لا تنتقل إلى المشترى البانى بمجرد إبرام عقد البيع و إنما بشهره، ذلك أن البيع غير المشهر و إن كان يلزم البائع بتسليم المبيع مما يترتب عليه أن تكون للمشترى حيازته والإنتفاع به. إلا أنه لا يترتب عليه تملك المشترى لما يقيمه على الأرض المبيعة، لأن حق القرار حق عينى من قبيل الملكية لا ينشأ و لا ينتقل وفقاً لحكم المادة التاسعة من قانون الشهر العقارى إلا بشهر سنده، أما قبل ذلك فإن ملكية المنشآت تكون للبائع بحكم الإلتصاق فإذا باع الأرض لمشتر ثان سبق إلى شهر عقده تملك هذا الأخير البناء بالإلتصاق و يصبح كل ما للمشترى الأول البانى الذى لم يشهر عقده ـــ- إذا لم يختر نزع المنشآت بوصفه بانياً حسن النيه ـــ- هو أن يطالب المشترى الثانى بأقل القيمتين قيمة المواد و أجرة العمل أو قيمة ما زاد فى ثمن الأرض بسبب البناء، لما كان ذلك و كان سند المطعون ضده الثانى فى إقامة البناء مثار النزاع هو عقد بيع غير مشهر صادر إليه من المطعون ضدها الثالثة و قد خلت الأوراق مما يفيد إشتماله على إتفاق طرفيه على تملك المطعون ضده الثانى لما يقيمه من مبان أو يحدد مصيرها، مما ينبنى عليه تملك الشركة البائعة لها بحكم الإلتصاق وإنتقال ملكيتها إلى المطعون ضده الأول تبعاً لملكية الأرض مشتراة بموجب عقد البيع المشهر، و بالتالى فلا يسوغ لدائنى المطعون ضده الثانى التنفيذ على البناء لأنه لم يكن قط مملوكاً له و لا يعدو العقد المبرم بينه وبين المطعون ضده الأول بشأن البناء -

وإن سمياه عقد بيع ـــ– أن يكون إتفاقاً على أداء ما يستحقه المطعون ضده الثانى قبل مالك الأرض إعمالاً لحكم المادة ٩٢٥ من القانون المدنى بوصفه بانياً حسن النية.

(الطعن رقم ٨٠ ـ لسنة ٤٥ ق ـ تاريخ الجلسة ٢٤ / ٠١ / ١٩٧٩)

٩– مفاد نص المادة ٩٢٢ من القانون المدني – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن المشرع وضع في الفقرة الأولى قرينة لصالح الأرض هي أنه مالك لما فوقها وما تحتها وأجازته في الفقرة الثانية للأجنبي أن يثبت عكس القرينة فإن أثبت أنه أقام المنشآت من ماله، ولكن بغير اتفاق مع المالك على مصيرها تملك هذه المنشآت بالالتصاق مقابل تعويض من أقامها وفقاً للأحكام التي أوردها المشرع بهذا الخصوص وإن أثبت أنه خول من المالك في إقامتها وتملكها باتفاق امتنع التحدي عندئذ بقواعد الالتصاق. ولما كان الثابت من الحكم المؤيد بالحكم المطعون فيه ومن هذا الأخير حملها القضاء بتثبيت الملكية إلى البناء على مجرد إقامة المباني له من ماله على أرض لا يملكها غير كاشفين عن اتفاق مع مالكة الأرض مؤد، مما يخالف قواعد الالتصاق فيما ترتبه من تملك مالك الأرض لما قام عليها من بناء لقاء تعويض الباني الأمر الذي يعيب الحكم المطعون فيه بالخطأ في القانون.

(الطعن رقم ٣١٤ ـ لسنة ٤٦ ق ـ تاريخ الجلسة ١٣ / ٠٢ / ١٩٨٠)

١٠– مؤدى النص في المادة ٩٢٢ من القانون المدني– وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة– أن المشرع وضع في الفقرة الأولى منه قرينة قانونية تقضي بأن كل ما يوجد على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى يعتبر من عمل صاحب الأرض وأنه هو الذي أنشأها على نفقته فيكون مملوكاً له، إلا أن هذه القرينة قابلة لإثبات العكس فأجازت الفقرة الثانية للأجنبي أن يقيم الدليل على أنه هو الذي أقام هذه المنشآت على نفقته دون سابق إتفاق مع صاحب الأرض، فإذا نجح في إثبات ذلك تملك صاحب الأرض المنشآت بالالتصاق مقابل أن يعوض الباني وفقاً للأحكام التي أوردها المشرع في هذا الخصوص، كما يجوز للأجنبي أن يثبت أن هناك اتفاقا بينه وبين صاحب الأرض يخوله الحق في إقامة المنشآت وتملكها، وفي هذه الحالة يجب إعمال هذا الاتفاق ويمتنع التحدي بقواعد الالتصاق.

(الطعن رقم ٣٥٤ ـ لسنة ٥٠ ق ـ تاريخ الجلسة ٢٨ / ٠١ / ١٩٨١)

١١– أحكام الالتصاق بالعقار أوردها المشرع في القانون المدني بالفصل الثاني– المنظم لأسباب كسب الملكية – من الباب الأول للكتاب الثالث، فاعتبره سبباً مستقلاً قائماً بذاته من الأسباب القانونية للملكية، وهو سبب يرتكز في الأصل على قاعدة أن مالك الشيء الأصلي هو الذي يملك الشيء التابع، فملكية الأرض يستتبعها ما يقام على هذه الأرض من مبان بحكم الالتصاق، وبالتالي فإن ملكية البناء تطبيقاً لقواعد الالتصاق لا تؤول إلا لمن يملك الأرض المقام عليها، وهذا الأمر هو ما أفصحت عنه المواد ٩٢٢، ٩٢٤، ٩٢٥ من القانون من النص بلفظ صريح على أن ما يقوم من بناء يكون لصاحب الأرض، ومن ثم فإن طلب تسليم البناء المشيد على أرض لا يملكها الباني استنادا إلى قواعد الالتصاق لا يصح إبداؤه إلا ممن خوله القانون حق تملكه

وهو صاحب الأرض أي مالكها، ولما كان حق ملكية العقار – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – لا ينتقل فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة للغير إلا بالتسجيل، فلا تنتقل الملكية لمشتر لم يسجل عقد البيع الصادر إليه، ولا يسوغ له ترتيباً على ذلك طلب إعمال قواعد الالتصاق بشأن المباني التي يحدثها الغير في الأرض التي اشتراها بعقد غير مسجل.

(الطعن رقم ٣٥٤ ـ لسنة ٥٠ ق ـ تاريخ الجلسة ٢٨ / ٠١ / ١٩٨١)

١٢– مؤدى المادتين ٩٢٢، ٩٢٦ يدل على أن ملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها ما لم يكن مالك الأرض خول آخر تملك ما يقيمه من منشآت على هذه الأرض فتنفصل ملكية المنشآت عن ملكية الأرض ولا شأن لهذه الحالة بأحكام الالتصاق أما إذا أقام شخص منشآت على أرض غير مملوكة له بترخيص من مالكها دون أن يتفق في هذا الترخيص على مصير المنشآت فإن صاحب الأرض يتملكها بالالتصاق ولا يكون لمن أقامها – ما لم يطلب نزعها سوى أن يرجع على المالك بإحدى القيمتين المنصوص عليهما في المادة ٩٢٥ من القانون المدني. لما كان ذلك، وكان الطاعن قد أقام دعواه بطلب ملكية البناء استنادا إلى مجرد تصريح مالكة الأرض له بإقامته دون الادعاء بحصول اتفاق على تملكه له. فإن الحكم المطعون فيه إذ طبق على الدعوى حكم المادتين ٩٢٥، ٩٢٦ من القانون المدني وانتهى إلى عدم ملكية الطاعن لهذا البناء فإنه يكون قد أصاب صحيح القانون.

(الطعن رقم ١٢٦٥ ـ لسنة ٤٧ ق ـ تاريخ الجلسة ١٨ / ٠٢ / ١٩٨٢)

١٣– النص فى الفقرة الأولى من المادة ٩٢٢ من القانون المدنى على أن " كل ما على الأراضى و تحتها من بناء أو أغراض أو منشآت أخرى، يعتبر من عمل صاحب الأرض إقامة على نفقته و يكون مملوكاً له "، يدل على أن المشرع قد وضع قرينة قانونية تقضى بأن مالك الأرض بحسب الأصل يعتبر مالكاً لما فوقها و ما تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى، فلا يطالب مالك الأرض بإقامة الدليل على ملكيته للمنشآت، و تستند هذه القرينة القانونية إلى مبدأ عام تقرره المادة ٨٠٣/٢ من القانون المدنى، فإن ملكية الأرض تشمل ما فوقها و ما تحتها إلى الحد المفيد فى التمتع بها علواً أو عمقاً، إلا أن تلك القرينة القانونية تقبل إثبات العكس، إذ نصت الفقرة الثانية من المادة ٩٢٢ سالفة الذكر على أنه " ويجوز مع ذلك أن يقام الدليل على أن أجنبياً أقام هذه المنشآت على نفقته، كما يجوز أن يقام الدليل على أن مالك الأرض قد خول أجنبياً ملكية منشآت كانت قائمة من قبل أو خوله الحق فى إقامة هذه المنشآت وتملكها، كأن يكون هناك إتفاق بين صاحب الأرض والغير يجيز للأخير تملك المنشآت التى يقيمها على الأرض، وفى هذه الحالة لا يكون هناك مجال لأعمال حكم الإلتصاق كسبب لكسب الملكية، وتبقى ملكية الأرض منفصلة عن ملكية ما فوقها من منشآت، وهو ما أجازته المادة ٨٠٣/٣ من القانون المدنى. لما كان ذلك، وكان الثابت من عقود الإيجار الصادرة من المطعون ضدهم الثلاثة الأول للطاعنة والمستأجرين السابقين لها أنهم قد صرحوا لهؤلاء المستأجرين بإقامة مبانى عليها تكون مملوكة لهم، ولهم حق إزالتها والإستيلاء عليها، كما ثبت من عقود الإيجار من

الباطن الصادرة من الطاعنة لشركة مصر للبترول أنها تملك تلك المنشآت، فإنه لا محل للتحدى بأحكام الإلتصاق، و لا يعيب الحكم إغفاله تطبيقها.

(الطعن رقم ٦٣٥ ـ لسنة ٥٤ ق ـ تاريخ الجلسة ٢٧ / ١٢ / ١٩٨٤)

١٤- النص في المادة ٩٢٢ من القانون المدني يدل على أنه يجوز للأجنبي إقامة الدليل على أنه أقام ما على الأرض من منشآت على نفقته وتملكها بعد أن خوله مالك الأرض الحق في إقامتها فإذا تمسك من أقام تلك المنشآت بأن المالك خوله إقامتها على نفقته وتملكها وطلب تمكينه من إثبات ذلك بشهادة الشهود وخلت أوراق الدعوى مما يحول دون ذلك أو يكفى لتكوين عقيدة المحكمة في شأنه بما يغنى عن إجراء التحقيق وجب على المحكمة أن تجيب هذا الطلب فإذا لم تعرض له كان حكمها مشوباً بالقصور و الإخلال بحق الدفاع.

(الطعن رقم ٢٣٧٧ ـ لسنة ٥١ ق ـ تاريخ الجلسة ٢٨ / ٠٢ / ١٩٩١)

١٥- المقرر فى قضاء هذه المحكمة – أن حق القرار الذى يعطى لصاحبه سلطة أن يستقر ببنائه على أرض غير مملوكة له هو حق عينى ومن ثم فإنه بهذه المثابة لا ينشأ ولا ينتقل وفق حكم المادة التاسعة من قانون تنظيم الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ إلا بتسجيل سنده أما قبل ذلك فإن المنشآت التى تقام على أرض الغير تعتبر من عمل صاحب هذه الأرض وتكون مملوكة له بحكم الإلتصاق وذلك على ما أفصحت عنه الفقرة الأولى من المادة ٩٢٢ من القانون المدنى.

(الطعن رقم ٤٧٥ ـ لسنة ٥٩ ق ـ تاريخ الجلسة ٢٥ / ١٠ / ١٩٩٤)

١٦- لما كانت المادة ٩٢٢ من القانون المدنى بعد أن نصت فى فقرتها الأولى على ملكية صاحب الأرض لكل ما عليها من مبان أجازت الفقرة الثانية منها للأجنبى أن يقيم الدليل على أنه أقام هذه المنشآت على نفقته أو أن مالك الأرض قد خوله ملكية منشآت كانت قائمة من قبل أو خوله الحق فى إقامة هذه المنشآت وتملكها و إذ كان سند هذا التخويل لا يكون إلا تصرفاً قانونياً فإن ملكية المنشآت لا تنتقل إلى البانى بمجرد صدور الترخيص له بالبناء من مالك الأرض وإنما بتسجيل هذا الترخيص لأنه قبل ذلك لا يكون البانى مالكاً لما يقيمه من مبان لأن حق القرار الذى يخوله الإرتكاز ببنائه على تلك الأرض التى لا يملكها هو حق عينى لا ينشأ ولا ينتقل وفقاً لحكم المادة التاسعة من قانون الشهر العقارى الصادر برقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ إلا بالتسجيل أما قبله فإن ملكية المنشآت تكون لمالك الأرض بحكم الإلتصاق وفقاً للقانون.

(الطعن رقم ٤٧٥ ـ لسنة ٥٩ ق ـ تاريخ الجلسة ٢٥ / ١٠ / ١٩٩٤)

* * *

مادة (٩٢٣)

١- يكون ملكاً خالصاً لصاحب الأرض ما يحدثه فيها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى يقيمها بمواد مملوكة لغيره، إذا لم يكن ممكناً نزع هذه المواد دون أن يلحق هذه المنشآت ضرر جسيم، أو كان ممكناً نزعها ولكن لم ترفع الدعوى باستردادها خلال سنة من اليوم الذى يعلم فيه المالك أنها اندمجت فى هذه المنشآت.

٢- فإذا تملك صاحب الأرض المواد، كان عليه أن يدفع قيمتها مع التعويض إن كان له وجه. أما إذا استرد المواد صاحبها فإن نزعها يكون على نفقة صاحب الأرض.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٩٢٧ ليبى و ٨٨٧ سورى و ١١١٨ عراقى و ٢١٤ لبنانى و ٧٣٤ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

يراجع – لاحقاً – التعليق بالأعمال التحضيرية الواردة على نص المادة ٩٣٠ مدنى.

رأى الفقه:

١- يخلص من نص المادة ٩٢٣ مدنى أنه إذا بنى صاحب الأرض، فإنه يملك المنشآت التى بناها، وعليه يجب أن يعوض صاحب الأدوات عن ملكيته لها التى فقدها. على أنه يجب التمييز فى ذلك بين ما إذا كان صاحب الأرض حسن النية أو سئ النية.

فإذا كان حسن النية، أى يعتقد أن هذه الأدوات ملك له، فيغلب أن يكون قد تملكها فعلاً، وعلى ذلك لا يكون فى حاجة إلى أن يتملكها بالإلتصاق، فيكون قد بنى فى أرضه بأدوات مملوكة له، وتكون المنشآت ملكاً له تسرى عليه أحكام الحيازة لا أحكام الإلتصاق.

وإذا كان سئ النية، بأن كان يعلم أن الأدوات غير مملوكة له، أو كان حسن النية ولكن ليس لديه سبب صحيح – فإما أن يكون من الممكن نزع ملكية الأدوات دون أن يلحق بالمنشآت (طوب – جير – جبس – دهانات) ضرر جسيم، فإن صاحب الأرض يتملك الأدوات بمجرد ادماجها فى الأرض بحيث تصبح عقاراً بطبيعته، ويكون سبب كسب الملكية هنا هو الإلتصاق.

فإذا تملك صاحب الأرض هذه الأدوات بالإلتصاق على النحو المتقدم، فإنه يكون ملزماً بالتعويض نحو صاحب الأدوات، فعليه أولاً أن يدفع له قيمتها وقت انتقال ملكيتها لمالكها أى وقت إدماج الأدوات فى الأرض وصيرورتها عقاراً بطبيعته، وعليه فوق ذلك أن يدفع لصاحب الأدوات تعويضاً عما عسى أن يكون قد أصابه من ضرر

بسبب عدم استرداده للأدوات التى كانت مملوكة له، على أن التعويض يزيد إذا كان صاحب الأرض سئ النية.

أما إذا كان نزع الأدوات دون أن يلحق بالمنشآت ضرر جسيم (أبواب – أدوات صحية – بلاط – باركيه) فإن هذه الأدوات وأمثالها يمكن نزعها من البناء دون أن يلحقه من هذه النزع ضرر جسيم، فى هذا الغرض لا يتملك صاحب الأرض الأدوات بمجرد إدماجها فى الأرض بل تبقى على ملك صاحبها يستطيع نزعها من الأرض واستردادها، بشرط أن يرفع دعوى الاسترداد فى خلال سنة من اليوم الذى يعلم فيه أنها اندمجت فى المنشآت، والعلم بذلك واقعة مادية يجوز لصاحب الأرض إثباتها بجميع الطرق.

أما إذا انقضت السنة دون أن يرفع صاحب الأدوات دعوى باستردادها، فإنه لا يستطيع استردادها بعد ذلك ويتملكها صاحب الأرض بالإلتصاق، ملكية معلقة على شرط واقف هو ألا يرفع صاحب الأدوات دعوى الاسترداد فى خلال السنة؟ بينما ملكية صاحب الأدوات لها معلقة على شرط فاسخ هو ألا يرفع دعوى الاسترداد فى خلال السنة.

أما إذا بنى صاحب الأدوات فى أرض غيره – وهو الفرض الأكثر شيوعاً فى العمل، فقد يكون حائزاً للأرض لا يملكها ثم يقيم فيها منشآت فيرفع مالك الأرض دعوى إستحقاق على الحائز فيسترد منه الأرض، وتكون المنشآت التى أقامها الحائز ملكاً لصاحب الأرض تملكها بطريق الإلتصاق، وعليه أن يعوض صاحب المنشآت بحسب ما إذا كان الحائز البانى حسن النية أو سئ النية.

وعبارات النصوص فى هذا الصدد عامة تشمل كل شخص يقيم منشآت فى أرض مملوكة لغيره، ويستوى فى ذلك أن يكون البانى حائزاً للأرض بنية التملك أو يكون حائزاً لها حيازة عرضية، كما يستوى أن تكون هناك علاقة تعاقدية بين صاحب الأرض والبانى أو لا تكون. زمن ثم يستوى أحكام الإلتصاق على الفروض الأتية:

(١) إذا رخص صاحب الأرض للبانى فى البناء.

(٢) إذا بنى المنتفع فى الأرض المنتفع بها.

(٣) إذا بنى المالك ثم أبطلت ملكيته أو فسخت.

(٤) إذا بنى البائع فى الأرض المبيعة قبل تسجيل عقد البيع، أو بنى المشترى فى هذه الأرض قبل التسجيل.

ففى تلك الفروض الأربعة إذا تملك صاحب الأرض المنشآت بطريق الإلتصاق وجب عليه أن يدفع تعويضاً لصاحب المنشآت. وقد جعل القانون لمالك المنشآت ضماناً هو حق حبسها حتى يستوفى التعويض، ويسر من جهة أخرى على صاحب الأرض أداء التعويض بأن أجاز للقاضى أن يجعل الأداء على أقساط دورية.

على أن أحكام الإلتصاق لا تسرى على الفروض التى وردت فيها نصوص صريحة مخالفة لتلك الأحكام، إذ يجب عندئذ تطبيق هذه النصوص الصريحة دون أحكام الإلتصاق من هذه الفروض:

(١) إذا بنى المستأجر فى العين المؤجرة.

(٢) إذا بنى المشترى فى العقار المشفوع فيه.
(٣) إذا بنى المحتكر فى الأرض المحتكرة.
وهناك فرضان لا ينطبق عليهما أحكام الإلتصاق، هما:
(١) إذا بنى المالك على الشيوع فى الأرض الشائعة.
(٢) إذا بنى الفضولى أو الوكيل فى أرض رب العمل أو الموكل كما استثنى القانون من أحكام الإلتصاق، فرضين، هما:
١- إذا جار البانى بحسن نية على جزء صغير من الأرض الملاصقة.
٢- المنشآت الصغيرة المقامة فى أرض الغير ليس عليها سبيل الدوام[١].

من أحكام القضاء الحديثة:

١- نصت الفقرة الأولى من المادة ٩٢٣ من القانون المدنى على أنه: "يكون مالكاً لصاحب الأرض ما يحدثه فيه من بناء أو غراس أو منشآت أخرى يقيمها بمواد مملوكة لغيره إذا لم يكن ممكناً نزع هذه المواد دون أن يلحق ضرر جسيم أو كان ممكناً نزعها ولكن لم ترفع الدعوى أن يلحق هذه المنشآت ضرر جسيم أو كان ممكناً نزعها ولكن لم ترفع الدعوى بإستردادها خلال سنة من اليوم الذى يعلم فيه مالك المواد أنها اندمجت فى هذه المنشآت ..." ... وكلمة (يطلب) الواردة بنص المادة ١/٩٢٤ مدنى يؤدى ذات المعنى الوارد بنص المادة ٩٢٣ مدنى وهو (رفع الدعوى)، وقد عبر القانون المدنى فى العديد من نصوصه بكلمة (يطلب قاصداً بها المطالبة القضائية بإعتبارها الوسيلة القانونية التى يلجأ بمقتضاها صاحب الحق ليعرض عليه ما يدعيه طالباً الحكم له به. هذا، إلى جانب أن صياغة عجز الفقرة الأولى من المادة ٩٢٤ مدنى بالجمع بين الحق فى طلب الإلزامية والحق فى طلب التعويض خلال ميعاد السنة تؤكد المراد بمعنى (الطلب) وهو (فع الدعوى) وإلا جاز القول بأنه يكفى مجرد إبداء الرغبة بأى طريق فى طلب التعويض خلال سنة دون حاجة للالتجاء إلى القضاء ليعرض عليه ما يدعو طالباً الحكم له به، هذا، إلى أن صياغة عجز المادة ١/٩٢٤ مدنى بالجمع بين الحق فى طلب الإزالة والحق فى طلب التعويض خلال ميعاد السنة تؤكد بمعنى (الطلب) وهو (رفع الدعوى) وإلا جاز القول بأنه يكفى مجرد إبداء الرغبة بأى طريق فى طلب التعويض خلال سنة دون حاجة للالتجاء إلى القضاء فى هذا الميعاد وهو ما لا يسوغ. وعلى ذلك فلا يعتبر القضاء الميعاد مرعياً إلا برفع طلب الإزالة إلى القضاء وإلا سقط الحق فيه.

(جلسة ١٩٧٨/٥/١٧ – مجموع المكتب الفنى – لسنة ٢٩ – مدنى – ص ١٢٦٥)

* * *

(١) الوسيط – ٩ – للدكتور السنهورى – المرجع السابق – ص ٢٦٧ وما بعدها، المرجع السابق: حق الملكية – للدكتور منصور مصطفى منصور – ص ٢٨٨ وما بعدها، والحقوق العينية الأصلية – للدكتور محمد على عمران – ص ٧٣ وما بعدها.

مادة (٩٢٤)

١- إذا أقام شخص بمواد من عنده منشآت على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره دون رضاء صاحب الأرض، كان لهذا أن يطلب إزالة المنشآت على نفقة من أقامها مع التعويض إن كان له وجه، وذلك فى ميعاد سنة من اليوم الذى يعلم فيه بإقامة المنشآت، أو أن يطلب استبقاء المنشآت مقابل دفع قيمة مستحقة الإزالة، أو دفع مبلغ يساوى ما زاد فى ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت.

٢- ويجوز لمن أقام المنشآت أن يطلب نزعها إن كان ذلك لا يلحق بالأرض ضرراً، إلا إذا اختار صاحب الأرض أن يستبقى المنشآت طبقاً لأحكام الفقرة السابقة.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٩٢٨ ليبى و ٨٨٨ سورى و ١١١٩ عراقى و ٢١٥ لبنانى و٧٣٥ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

يراجع – لاحقاً – التعليق بالأعمال التحضيرية الواردة على نص المادة ٩٣٠ مدنى.

رأى الفقه:

١- جاء نص المادة ٩٢٤ مدنى فى عبارات عامة تشمل كل شخص يقيم منشآت فى أرض غيره بمواد من عنده وهو يعلم أن الأرض غير مملوكة له فإذا وضع شخص يده على أرض مملوكة لغيره بإعتبار أنه المالك، وقد أقام منشآت فى هذه الأرض بمواد من عنده، فرفع مالك الأرض دعوى الإستحقاق على الحائز واسترد الأرض. فإذا ادعى مالك الأرض أن الحائز سئ النية أى أنه يعلم أنه أقام المنشآت أن الأرض مملوكة لغيره وأقام المنشآت دون رضا مالك الأرض، فعلى مالك الأرض يقع عبء إثبات سوء نية من أقام المنشآت، كأن يثبت أن هذا الأخير قد اغتصب الأرض، أو أنه حازها فى مبدأ الأمر وهو حسن النية بأن اعتقد أنه وارثاً لها أنها آلت إليه عن طريق الوصية، ثم كشف بعد ذلك أنه غير وارثاً أو أن الوصية باطلة أو عدل الموصى عنها، ومع ذلك بقى حائزاً للأرض وأقام فيها المنشآت وهو يعلم أنها غير مملوكة له[١].

٢- يتضح من نص المادة ١/٩٢٤ مدنى أنه نظراً لسوء نية البانى أو الغارس، يجعل المشرع لصاحب الأرض الخيار بين طلب إزالة المنشآت أو استبقائها، فله أن يطلب الإزالة لإعادة الأرض إلى حالتها الأولى، ويجب أن يتم ذلك فى مدة سنة تبدأ من اليوم الذى يعلم فيه بإقامة المنشآت، فإذا مضت هذه المدة دون أن يتقدم بطلب الإزالة سقط حقه فيه، ولا يكون له إلا أن يستبقى المنشآت، وتكون الإزالة على نفقة البانى أو الغارس. وإذا لحق صاحب الأرض ضرر بسبب إقامة المنشآت ثم إزالتها، فيكون له أن يطلب من البانى التعويض بدلاً عن هذا الضرر.

---

(١) الوسيط – ٩ – للدكتور السنهورى – المرجع السابق – ص ٢٧٦ وما بعدها.

ولمالك الأرض بدلاً من طلب الإزالة أن يطلب استبقاء المنشآت. فإذا طلب ذلك أو مضت سنة من يوم علمه بإقامة المنشآت دون أن يطلب الإزالة فيمتلك المنشآت بالإلتصاق، ويكون هذا التملك فى مقابل دفع إحدى قيمتين: قيمة المنشآت مستحقة الإزالة، أى قيمة الأنقاض مخصوماً منها مصاريف الإزالة، أو قيمة ما زاد فى ثمن الأرض نتيجة وجود المنشآت عليها، ولما كان الخيار بين هاتين القيمتين لصاحب الأرض فهو يختار بداهة القيمة الأقل. والمقابل الذى يلتزم به مالك الأرض على هذا النحو يختلف عن التعويض الذى يلتزم به مالك الأرض على هذا النحو يختلف عن التعويض الذى يلتزم به المثرى وفقاً لأحكام الإثراء بلا سبب، فالمثرى يلتزم بأقل القيمتين، قيمة الإثراء أو قيمة الافتقار (م ١٧٩ مدنى) وبالمقابلة بين هذه القاعدة وكما يلتزم به مالك الأرض نجد أن الزيادة فى ثمن الأرض تمثل قيمة الإثراء ولكن قيمة المنشآت مستحقة الإزالة لا تمثل قيمة الافتقار، لأن قيمة افتقار البانى أو الغارس عبارة عن قيمة المواد وأجرة العمل.

أما نص الفقرة الثانية من المادة ٩٢٤ مدنى فغامض لا يكشف عن حقيقة ما يقصده المشرع، وحكمه أياً كان المعنى الذى يحمل عليه غير مقبول، ولهذا كان يحسن استبعاده. فنظر إلى أن المشرع لا يعطى من أقام المنشآت الحق فى إزالتها إذا اختار صاحب الأرض استبقاءها، فيثور التساؤل عن الحالة التى يثبت فيها هذا الحق. لا يصح أولاً أن يقال إن حق من أقام المنشآت يثبت له إذا لم يختر صاحب الأرض استبقاء المنشآت وإنما اختار إزالتها، لأن الإزالة تكون فى هذه الحالة واجب على من أقام المنشآت فلا معنى للقول أنها حق له. فإذا استبعدنا هذا المعنى غير المقبول، فقد يقال، كما قالت المذكرة الإيضاحية وبعض الشراح، إن مالك الأرض إذا تملك المنشآت بالإلتصاق ولكنه امتنع عن دفع المقابل كان للبانى إما أن يلزمه بالدفع وإما أن يطلب نزع المنشآت إن كان النزع لا يلحق بالأرض ضرراً ولكن يلاحظ على هذا الرأى أن النص ليس فيه ما يدل عليه، وليس فيه فيما يرى الدكتور منصور مصطفى منصور – سند فى القانون، فبمجرد أن التزم صاحب الأرض بدفع التعويض لا يكون أمام البانى إلا أن يستوفى هذا التعويض وفقاً للقواعد العامة. وقد يقال، وهو ما ذهب إليه بعض الشراح، إن المقصود هو أنه إذا لم يحدد صاحب الأرض موقفه فلم يطلب الإزالة ولم يختر استبقاء المنشآت، فإنه يجوز لمن أقام المنشآت أن يطلب نزعها، وذلك بشرط ألا يلحق هذا النزع ضرراً بالأرض، غير أن صاحب الأرض يستطيع دائماً أن يعطل هذا الطلب إذا اختار استبقاء المنشآت. وهذا يعنى أن المشرع يعطى من أقام المنشآت فرصة المبادأة فى طلب نزع المنشآت حتى يحمل صاحب الأرض على تحديد موقفه دون انتظار انقضاء مدة السنة لمعرفة مصير المنشآت، ويمكن أن يعترض على هذا بأن من حق صاحب الأرض أن يستفيد من مدة السنة التى أعطاها له المشرع للخيار بين إزالة المنشآت أو استبقائها، فلا يجبر على الاختيار قبل ذلك[1].

---

(١) حق الملكية – للدكتور منصور مصطفى منصور – المرجع السابق – ص ٢٩٠ وما بعدها، وحق الملكية – للدكتور عبدالمنعم الصدة – ص ٣٧٧.

٣- هل يكون لصاحب الأرض أن يطلب من صاحب المحدثات (المنشآت) تعويضاً عما فوت عليه صنعه من الفوائد التى كانت ممكنة التحقق لولا تعديه؟ أجابت المادة ٩٢٤ من القانون المدنى المصرى والمادة ٥٥ من القانون الفرنسى على ذلك بالإيجاب، فقالا إن لصاحب الأرض أن يطلب إزالة المنشآت مع التعويض إن كان له وجه. وهذان النصان هما المقابل للنص العراقى والظاهر من القياس فى الحالة الأولى أن الحكم بالتعويض صحيح إن كان له وجه، وذلك ما تقضى به العدالة، وليس هناك من فرق يوجب الحكم بالتعويض فى الحالة الأولى ولا يوجبه فى هذه المادة. وفى رأينا (الأستاذ حامد مصطفى) أن القانون قد ترك عليه لا سيما وأن الأمر يدور على القواعد العامة التى تقضى بالتعويض فى كل حالة يحكم فيها القضاء بإعادة الأمر إلى ما كان عليه وسد الضرر المحقق.

وقد كان قانون التصرف بالأموال غير المنقولة يقضى فى هذه الحالة بالمساواة بين حسن النية وسيئ النية فيحكم بتبعية الأقل قيمة للأكثر قيمة.

أما إذا كانت الأرض وقفاً فإن القواعد الشرعية تفرق بين أن يكون البانى بلا حسن نية هو المتولى أو أجنبياً، فإن كان المتولى أمر برفع بنائه إن لم يضر رفعه بالأرض. إذا كان يضر بها فإن عليه أن ينتظر حتى يتهدم البناء أو تيبس الأشجار ولا حق له فى منفعة شئ من ذلك. وإن كان غير المتولى وكان من الممكن أن يأخذ ما أحدثه بلا ضرر يصيب الأرض كان له ذلك، وإن كان لا يمكن ذلك إلا مع ضرر جسيم يصيبها صارت المحدثات مال الوقف ويدفع لصاحبها أقل القيم الثلاث مستحقة القلع ومستحقة البقاء ومقلوعة بالفعل. وإن كان ما أحدثه أمراً معنوياً كخصب الأرض بالأسمدة وحرثها وتحسينها لم يدفع الوقف شيئاً. أما إذا كان البانى حسن النية كأن يكون قد بنى على أرض الوقف بإذن المتولى أو بالإتفاق أو كان له حق السكنى وكان البناء ضرورياً ولم يعين مصير المنشآت كان للمتولى أخذها بقيمتها قائمة إن كان للوقف مال تؤخذ به، وإلا كان على صاحب المنشآت الانتظار حتى تكون للوقف غلة يستوفى منها حقه ويصبح تقسيطه وفق الأحوال أو تأجيره أو إستغلاله بين الوقف وبينه، ولا يصح تملك أرض الوقف للمبانى مهما كانت الأحوال إلا إذا كان هناك مجال لتطبيق قواعد الاستبدال، فحينئذ يأخذ البانى من ثمن الوقف بنسبة ما يصيب المحدثات ويشترى بما يصيب الوقف عقار مكان الأول[1].

من أحكام القضاء الحديثة:

١- النص فى أحكام الفقرة الأولى من المادة ٩٢٤ من القانون المدنى يفيد أن لصاحب الأرض أن يطلب خلال سنة إزالة المنشآت المقامة على أرضه على نفقة من أقامها فإذا سكت ولم يطلب الإزالة سقط حقه فى طلبها، ولازم ذلك أن يكون عالماً بشخص من أقامها حتى يتسنى له من بعد أن يوجه إليه طلب إزالتها على نفقته على نحو ما صرح به صدر النص، لأن العلم بإقامة المنشآت لا يقتضى حتماً وبطريق اللزوم العلم بمن أقامها، ومن ثم فإن ميعاد السنة الذى يتعين طلب الإزالة خلاله لا يبدأ

(١) الملكية العقارية فى العراق – الجزء الأول – للأستاذ حامد مصطفى – ١٩٦٤ – ص ٢٨٩.

إلا من اليوم الذى يعلم فيه صاحب الأرض بإقامة المنشآت وشخص من أقامها. القضاء بسقوط الحق فى طلب الإزالة بفوات سنة من تاريخ العلم بإقامة المنشآت إغفال بحث تاريخ العلم بشخص من أقامها، خطأ وقصور.

(جلسة – ١٩٧٥/٢/٣ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٢٦ – مدنى – ص ٣١٩)

٢– الحائز الذى يقيم المنشآت على أرض مملوكة لغيره، يفترض فيه أنه كان حسن النية وقت أن أقام هذه المنشآت. والمقصود بحسن النية فى تطبيق المادة ٢٩٥ من القانون المدنى أن يعتقد البانى أن له الحق فى الإقامة المنشآت، ولا يلزم أن يعتقد أنه يملك الأرض. فإذا ادعى مالك الأرض أن البانى سيئ النية، فعليه حسبما تقضى به المادة ٩٢٤ من القانون المدنى أن يقيم الدليل على أن البانى كان يعلم وقت أن أقام المنشآت أن الأرض مملوكة لغيره وأنه أقامها دون رضاء مالك الأرض.

(نقض – جلسة ١٩٧٢/٢/١٧ – المرجع السابق – السنة ٢٧ – ص ٤٥٣)

٣– نص المادة ١/٩٢٤ من القانون المدنى يدل وفقاً لما صرحت به فى صدورها على أن الحق الذى قرره المشرع فى طلب إزالة المنشآت التى يقيمها الشخص على أرض الغير بسوء نية إنما هو رخصة ناشئة عن حق الملكية ذاته وقد خولها لصاحب الأرض بوصفه مالكاً وليس لغير الحق فى استعمالها.

(نقض – جلسة ١٩٧٦/١/١٣ – المرجع السابق – ص ١٩٧.)

٤– إقامة المشترى مبان على الأرض المبيعة، ثم فسخ عقد البيع بسبب راجع إليه، يترتب عليه إعتباره بانياً بسوء نية فى حكم المادة ٩٢٤ مدنى، ويجب تقديم البائع طلب الإزالة خلال سنة من تاريخ الحكم النهائى بالفسخ أو من تاريخ علمه بإقامتها إذا كان العلم بعد الفسخ.

(نقض – جلسة ١٩٧٧/١٢/١٥ـ المرجع السابق – السنة ٢٨ – ص ١٨٢١)

٥– طلب المالك إزالة المنشآت التى يقيمها الغير على نفقة من أقامها يجب أن يكون برفع الدعوى قبل انقضاء سنة من يوم علمه بإقامة المنشآت (م ١/٩٢٤ مدنى)، ولا يكفى مجرد إبداء الرغبة فى الإزالة خلال الميعاد.

(نقض – جلسة ١٩٧٨/٥/١٧ – المرجع السابق – السنة ٢٩ – ص ١٢٦٥)

٦– إذا كان الثابت من الأوراق أن الطاعن شريك على الشيوع فى أرض النزاع مع المطعون عليها وبحق النصف لكل منهما، وأنه لم يقم بالبناء على حصة من العقار تعادل نصيبه فيه، بل أقام البناء على كامل الأرض المملوكة له والمطعون عليها مع علمه بذلك ورغم إنذارها له وطلبها منه وقف البناء لإقامته على الأرض المملوكة لها ولم يأخذ الحكم المطعون فيه بشهادة شاهديه من أقام البناء بموافقة المطعون عليها، فإن ما إنتهى إليها الحكم من إعتبار الطاعن بانياً سيئ النية على أرض المطعون عليها وأنه يحق لها وطبقاً للمادة ٩٢٤ من القانون المدنى الحق فى استبقاء نصف البناء على أن تدفع قيمته مستحق الإزالة إعمالاً لأحكام الإلتصاق، لا يكون مخالفاً للقانون.

(نقض – جلسة ١٩٨١/٣/٢٤ – الطعن ٢٤١ السنة ٤٧ق – مجلة القضاء – يناير/يونيو سنة ١٩٨٥ – ص ١٢٤٣)

٧- لما كان نص المادة ١/٩٢٤ من القانون المدني يدل وفقاً لما صرحت به في صدرها على أن الحق الذى يقرره المشرع في طلب إزالة المنشآت التى يقيمها الشخص على أرض الغير بسوء نية إنما هو رخصة ناشئة عن حق الملكية ذاته، وقد خولها القانون لصاحب الأرض بوصفه مالكاً وليس لغيره الحق في إستعمالها، وكانت ملكية العقار لا تنتقل فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة للغير إلا بالتسجيل فلا تنتقل الملكية لمشتر لم يسجل عقد البيع الصادر إليه.

(الطعن ١٣٣٩ لسنة ٥٨ق جلسة ١٩٩٠/٥/١٣)

٨- إستقلال محكمة الموضوع بتقدير حسن نية البانى في أرض الغير أو سوء نيته متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة.

المقرر وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن أمر العلم بإقامة البناء على ملك الغير وثبوت حسن نية من أقامه أو سوء نيته مما تستقل به محكمة الموضوع بلا معقب عليها من محكمة النقض مادامت قد أقامت قضاءها فيه على أسباب سائغة تكفى لحمله.

(الطعن ١٣٢٣ لسنة ٥٩ق جلسة ١٩٩٤/٣/٣٠ س٤٥ ص٥٨٤)

٩- بناء صاحب الأدوات في أرض غيره بسوء نية. لصاحب الأرض طلب الإزالة على نفقة البانى مع التعويض. شرطه. رفع الطلب إلى القضاء خلال سنة من تاريخ علمه بإقامة المبانى وإلا سقط الحق فيه. تملكه للمنشآت بالإلتصاق بعد مضى سنة أو طلبه إستبقائها مقابل أقل القيمتين البناء مستحق الإزالة أو ما زاد في ثمن الأرض بسببه.

مفاد نص المادة ٩٢٤ من القانون المدني أنه إذا كان صاحب الأدوات البانى في أرض غيره سئ النية كان لصاحب الأرض أن يطلب الإزالة على نفقة البانى وإعادة الشئ إلى أصله مع التعويض إن كان له محل وذلك في ميعاد سنة من اليوم الذى يعلم فيه بإقامة المنشآت، فإذا مضت سنة أو إذا طلب صاحب الأرض إستبقاء المنشآت تملك الأخير هذه المنشآت بالإلتصاق مقابل دفع أقل القيمتين قيمة البناء مستحقاً الإزالة أو ما زاد عن ثمن الأرض بسبب البناء، ولا يعتبر ميعاد السنة التى يتعين طلب الإزالة خلالها مرعياً إلا برفع طلب الإزالة إلى القضاء وإلا سقط الحق فيه.

(الطعن ٣٩٥٢ لسنة ٦٦ق – جلسة ١٩٩٧/١٢/٢٧ س٤٨ ص١٥٥٨)

١٠- النص في الفقرة الأولى من المادة ٩٢٤ من القانون المدني على أن " إذا أقام شخص بمواد من عنده منشآت على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره دون رضاء صاحب الأرض. كان لهذا أن يطلب إزالة المنشآت على نفقة من أقامها مع التعويض إن كان له وجه، وذلك في ميعاد سنة من اليوم الذى يعلم فيه بإقامة المنشآت مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة، أو دفع مبلغ يساوى ما زاد في ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت " – مفاده أن تملك صاحب الأرض للمنشآت التى يطلب إستبقاءها بالإلتصاق يكون مقابل تعويض صاحبها بأقل القيمتين المشار إليهما في النص وهما: قيمة

المنشآت مستحقة الإزالة أي قيمة الأنقاض بعد إستنزال تكاليف الهدم، أو الفرق بين ثمن الأرض خالية من المنشآت وثمنها بعد إقامة المنشآت عليها بإعتبار أن فرق الثمن هو ما زاد في ثمن الأرض ،ولا مراء في أن التعويض ما أثرى به صاحب الأرض بسبب إقامة المنشآت، وهو بهذه الصفة منبت المصلحة بقواعد تقدير قيمة الدعوى المنصوص عليها في المادة ٣٧ من قانون المرافعات والتى تهدف إلى وضع معيار لتحديد الإختصاص القيمى لمحاكم الدرجة الأولى، ولمدى قابلية هذه الأحكام للطعن فيها.

(**الطعن ٣٣٨ لسنة ٦٣ق – جلسة ٢٠٠٠/٥/١٤ لم ينشر بعد**)

* * *

obeikan.com

مادة (٩٢٥)

إذا كان من أقام المنشآت المشار إليها فى المادة السابقة يعتقد بحسن نية أن له الحق فى إقامتها، فلا يكون لصاحب الأرض أن يطلب الإزالة، وإنما يخير أن يدفع قيمة المواد وأجرة العمل أو أن يدفع مبلغاً يساوى ما زاد فى ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت، هذا ما لم يطلب صاحب المنشآت نزعها.

إلا أنه إذا كانت المنشآت قد بلغت حداً من الجسامة يرهق صاحب الأرض أن يؤدى ما هو مستحق عنها، كان له أن يطلب تمليك الأرض لمن أقام المنشآت نظير تعويض عادل.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٩٢٩ ليبى و ٨٨٩ سورى و ١١٢٠ عراقى و ٢١٦ لبنانى و ٧٣٦ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

يراجع – لاحقاً – التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد على نص المادة ٩٣٠ مدنى.

رأى الفقه:

١– جاء نص المادة ٩٢٥ من القانون المدنى فى عبارات عامة تشمل كل شخص يقيم منشآت فى أرض غيره بمواد من عنده، وهو يعتقد بحسن نية أن له الحق فى إقامتها، أى حالة البانى فى أرض غيره الحائز للأرض بنية تملكها، وترفع على دعوى إستحقاق من مالك الأرض فيسترد هذا الأخير الأرض والمنشآت وفقاً للأحكام العامة فى الإلتصاق فيما يتعلق بالبانى حسن النية.

فلو فرضنا أن شخصاً وضع يده على أرض مملوكة لغيره بإعتبار أنه المالك، وقد أقام منشآت فى هذه الأرض بمواد من عنده، ونفرض أن مالك الأرض رفع دعوى إستحقاق على الحائز واسترد الأرض، والمفروض أن الحائز حسن النية وقت أن أقام المنشآت إلا إذا أثبت صاحب الأرض أنه سيئ النية، ومعنى حسن النية هنا أن يعتقد البانى أن له الحق فى إقامة المنشآت وليس معناه حتماً أن يعتقد أنه يملك الأرض.

ففى الفرض المتقدم لا يكون لصاحب الأرض أن يطلب إزالة المنشآت – كما له هذا الحق فيما إذا كان الحائز سيئ النية – فقد أجزنا لصاحب الأرض أن يطلب الإزالة جزاء على سوء نية الحائز، وللحائز أن يطلب استيفاء المنشآت فى الأرض، وفى هذه الحالة يملكها صاحب الأرض بالإلتصاق، وعليه أن يعوض الحائز، وله فى هذا التعويض الخيار فى أن يدفع أقل القيمتين: قيمة ما اعتنى به وقيمة ما افتقر به الحائز، وهذا هو عين ما يدفعه طبقاً للقواعد المقررة فى الإثراء على حساب الغير،

ولا يجوز له أن يختار دفع قيمة المنشآت مستحقة الإزالة كما يكون له ذلك فى حالة الحائز سيئ النية لأنه ليس له أن يطلب الإزالة، ومن ثم لا يوجد مسوغ لدفع قيمة المنشآت مستحقة الإزالة، ولأن هذه القيمة (هى قيمة أنقاض البناء منقوصاً منها مصروفات هدمه) تكون عادة أقل بكثير من القيمتين الأخيرتين اللتين يخير بينهما صاحب الأرض فلا يجوز فرضها على الحائز وهو حسن النية إذا جاز فرضها على الحائز سيئ النية. وإذا كان صاحب الأرض يخير فى حالة الحائز حسن النية بين دفع قيمة ما أعتنى به (زيادة قيمة الأرض) أو دفع قيمة ما افتقر به الحائز (قيمة الأدوات وأجرة العمل)، فيبدو أن ذلك ليس مجرد تطبيق لقواعد الإثراء على حساب الغير، وإلا لما كان هناك حاجة إلى النص على ذلك، أو إذا وجد النص لاكتفى بالإحاطة إلى هذه القواعد.

ويحسن القول – تنسيقاً لأحكام الإلتصاق فى مجموعها – إن إلتزام صاحب الأرض بدفع تعويض للحائز هذا التعويض بقيمة معينة فى جميع فروض الإلتصاق (حتى فى الفرض الذى نحن بصدده حيث يقضى القانون بتعويض مماثل للتعويض الذى تقضى به قواعد الإثراء على حساب الغير) هو إلتزام مصدره القانون لا مبدأ الإثراء على حساب الغير، ومن ثم يتقادم هذا الإلتزام بخمس عشرة سنة لا بثلاث سنوات، شأنه فى ذلك شأن الإلتزامات الأخرى التى ينشئها القانون فى صدد التملك بالإلتصاق.

ولقد أولى القانون البانى حسن النية فى أرض غيره رعاية خاصة، فأجاز له – بدلاً من تقاضى أقل القيمتين – أن يطلب نزع المنشآت من الأرض إذا رأى له مصلحة فى ذلك كما لو كان نزع المنشآت لا ينشأ عنه تلف كبير لها، وكانت قيمتها بعد النزاع أكبر مما يتقاضاه من صاحب الأرض، لكنه يلتزم فى هذه الحالة بإعادة الأرض إلى أصلها بعد نزع المنشآت منها أو بتعويض صاحب الأرض عما عسى أن يصيب الأرض من ضرر فهذا حق له لا واجباً عليه ليس لصاحب الأرض أن يجبره على ذلك، إذ ليس لصاحب الأرض أن يطلب الإزالة.

كما راعى القانون البانى حسن النية فى أرض غيره بما نص عليه فى الفقرة الثانية من المادة ٩٢٥ مدنى من المعيار الذاتى، فجعل العبرة بالمقدرة المالية لصاحب الأرض شخصياً فإن كان يرهقه أن يؤدى لصاحب المنشآت ما هو مستحق له لجسامة المنشآت التى أقيمت كان له لدى من تملك المنشآت بالإلتصاق، أن يطلب تمليك الأرض لصاحب المنشآت على أن يدفع هذا له تعويضً عادلاً عن الأرض يقدره الخبير عند الاقتضاء، ويجوز للقاضى أن يجعل أداء هذا التعويض على أقساط دورية بناء على طلب صاحب المنشآت أسوة بسائر أنواع التعويض التى تستحق بسبب الإلتصاق، إذ المقصود هو مجرد الإرهاق لا التثبت من عدم الاستطاعة. ويملك صاحب المنشآت الأرض إذا توافر شرط الإرهاق لا بحكم الإلتصاق، فإن الإلتصاق إنما يكون سبباً لتملك صاحب الأرض للمنشآت لا لتملك صاحب المنشآت للأرض، وإنما يملك صاحب المنشآت الأرض، ويلتزم بدفع التعويض بحكم القانون، بناء على إرادة منفردة تصدر من صاحب الأرض. وقد قصر حق تمليك الأرض لصاحب

المنشآت على حالة البناء بحسن نية دون حالة البناء بسوء نية، لأنه فى حالة البناء بسوء نية يستطيع صاحب الأرض أن يتفادى الإرهاق بأن يطلب الإزالة فى حين أنه فى حالة البناء بحسن نية لا يستطيع صاحب الأرض طلب الإزالة فأعطى عوضاً عنه حق تمليك الأرض لصاحب المنشآت تفادياً للإرهاق.

فإذا ملك صاحب الأرض لصاحب المنشآت بالإلتصاق على النحو المتقدم، فإن ملكيته تكون معلقة على شرط واقف، هو ألا يطلب صاحب المنشآت نزعها أو يطلب هو تمليك الأرض لصاحب المنشآت.

فإذا تحقق الشرط الواقف، ولم تنزع المنشآت من الأرض وبقيت الأرض على مالك صاحبها فإن صاحب الأرض يتملك المنشآت بالإلتصاق، ويكون لتحقيق الشرط أثر رجعى، فيستند إلى الوقت الذى أدمجت فيه المنشآت فى الأرض[1].

٢- عرض المشرع فى الفقرة الأولى من المادة ٩٢٥ مدنى لأحكام الإلتصاق فى حالة حسن نية من أقام المنشآت، ثم أورد استثناءين على القاعدة، الأولى ورد حكمه فى الفقرة الثانية من النص نفسه، والثانى ورد حكمه فى المادة ٩٢٨ مدنى.

ويتضح من الفقرة الأولى من المادة ٩٢٥ مدنى أن المشرع يعامل حسن النية معاملة أفضل من معاملة سيئ النية، سواء من حيث الحق فى طلب الإزالة أو من حيث مقدار التعويض الذى يلتزم به صاحب الأرض إذا تملك المنشآت.

ففيما يتعلق بالحق فى طلب الإزالة أعطاه المشرع لمن أقام المنشآت دون مالك الأرض، فإذا كان الأصل أن لصاحب الأرض بإعتباره مالكاً الحق فى إجبار الغير على إزالة ما أقامه فى الأرض، فقد خرج المشرع على هذا الأصل رعاية لمن أقام المنشآت لحسن نية، ولمن أقام المنشآت أن يزيلها، ولكن بشرط ألا يترتب على الإزالة ضرر بالأرض.

وإذا لم يرغب من أقام المنشآت فى إزالتها فيتملكها مالك الأرض بالإلتصاق، ويلتزم بتعويض من أقامها بإحدى قيمتين: قيمة المواد وأجرة العمل أو قيمة ما زاد فى ثمن الأرض بسبب إقامة المنشآت، وهو يختار بداءة الأقل منهما، ومن هذا يتضح أن التعويض فى هذه الحالة يتفق مع أحكام الإثراء بلا سبب.

وإن كان الأصل أن صاحب الأرض يتملك المنشآت بمقتضى الإلتصاق، إلا أن المشرع خرج عن هذا الأصل فى حالتين الحالة الأولى ورد حكمها فى الفقرة الثانية من المادة ٩٢٥ مدنى والحالة الثانية ورد حكمها فى المادة ٩٢٨ مدنى.

فطبقاً للفقرة الثانية من المادة ٩٢٥ مدنى إذا كانت المنشآت قد بلغت حداً من الجسام يرهق صاحب الأرض أن يؤدى ما هو مستحق عنها، فإن الأخذ بالقاعدة العامة فى الإلتصاق يوقع صاحب الأرض فى حرج لا يستطيع أن يطلب الإزالة، وفى الوقت نفسه يرهقه أن يؤدى التعويض، ولهذا أعطاه المشرع الحق فى أن يطلب تمليك أرضه لمن أقام المنشآت. وواضح من النص أنه يكفى لذلك أن يكون التعويض مرهقاً لمالك الأرض، فلا يلزم أن يكون مستحيلاً، والقاضى يقدر الإرهاق بالنظر إلى حالة مالك الأرض المالية وقيمة المنشآت بالنسبة إلى قيمة الأرض ومدى المنفعة التى يمكن أن

(١) الوسيط – ٩ – للدكتور السنهورى – المرجع السابق – ص ٢٨٤ – وما بعدها.

تعود على مالك الأرض من هذه المنشآت، وتمليك الأرض لمن أقام المنشآت يكون – كما يقول النص – نظير تعويض عادل، ومقصود بوصف التعويض بأنه (عادل) ألا يلتزم القاضى القواعد العامة فى تقدير التعويض، بل يقدره على ضوء الظروف الخاصة التى تحيط بالحالة المعروضة عليه[1].

من أحكام القضاء الحديثة:

١- إذا كان من المقرر فى قضاء محكمة النقض أن لقاضى الموضوع سلطة تامة فى إستخلاص حسن النية وسوئه من مظانها فى الدعوى وبما يستشفه من ظروفها وملابساتها، وكان الحكم المطعون فيه قد استخلص فى حدود سلطته الموضوعية سوء نية الطاعنين فى إقامة المبانى المطلوب إزالتها، وكان إستخلاصه قائماً على أسباب مسوغة وكافية لحمل قضائه، فإن النعى عليه يكون على غير أساس.

(جلسة ١٩٧٣/٥/٨ – مجموعة المكتب الفنى – لسنة ٢٤ – مدنى – ص ٧١٧)

٢- طلب إزالة المنشآت المقامة على عين النزاع، والقضاء فيه يكون إستناداً إلى قواعد الإلتصاق. إغفال الحكم بحث دفاع البانى بأنه كان حسن النية ... قصور وخطأ فى تطبيق القانون (م ٩٢٤ و ٩٢٥ مدنى).

(نقض – جلسة ١٩٧٥/٢/٨ – المرجع السابق – السنة ٢٦ – ص ١٥٨٦)

٣- قبل تسجيل سند المشترى البانى فإن ملكية المنشآت تكون للبائع بحكم الإلتصاق مقابل أن يدفع للمشترى أقل القيمتين: قيمة المواد وأجرة العمل أو قيمة ما زاد فى ثمن الأرض بسبب المنشآت، وذلك ما لم يطلب صاحب المنشآت نزعها، وهذا ما تنص عليه المادة ٩٢٥ من القانون المدنى، ومن ثم فإن كل ما للمشترى البانى الذى لم يسجل عقده إذا لم يختر نزع المنشآت، هو أن يطالب صاحب الأرض بما هو مستحق له طبقاً لتلك المادة، وأن يتخذ فى سبيل إجباره على أدائه ما يخوله القانون من وسائل لاستيفاء ديونهم.

(نقض – جلسة ١٩٦٩/٦/١٩ – المرجع السابق – السنة ٢٠ – ص ١٠٠٦)

٤- إن مفاد نص المادتين ٩٢٤ و ٩٢٥ من القانون المدنى أنه إذا كان صاحب الأدوات هو البانى فى أرض غيره فيجب التفريق بين ما إذا كان سيئ النية أو حسن النية، فإذا كان سيئ النية أى يعلم أن الأرض ليست مملوكة له وبنى دون رضاء صاحب الأرض كان لهذا – إذا أثبت ذلك – أن يطلب الإزالة على نفقة البانى وإعادة الشئ إلى أصله مع التعويض إن كان له محل وذلك فى ميعاد سنة من اليوم الذى يعلم فيه بإقامة المنشآت، فإذا مضت سنة أو إذا لم يجر الإزالة تملك صاحب الأرض المنشآت بالإلتصاق ودفع أقل القيمتين قيمة البناء مستحقاً الإزالة أو ما زاد فى ثمن الأرض بسبب البناء. أما إذا كان البانى حسن النية بأن كان يعتقد الأرض مملوكة له

---

(١) حق الملكية – للدكتور منصور مصطفى منصور – المرجع السابق – ص ٢٩٣ وما بعدها، والملكية العقارية فى العراق – ص ٢٩٠.

– وهو أمر مفترض إلا إذا قام الدليل على عكسه – فلا يجوز لصاحب الأرض طلب الإزالة.

(**نقض – جلسة ١٩٦٨/٦/١١ – المرجع السابق – السنة ١٩ – ص ١١٥٥**)

٥– المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الحائز الذي يقيم منشآت على أرض مملوكة لغيره يفترض فيه أنه كان حسن النية وقت أن أقام هذه المنشآت، والمقصود بحسن النية في تطبيق المادة ٩٢٥ من القانون المدني أن يعتقد الباني أن له الحق في إقامة المنشآت، ولا يلزم أن يعتقد أنه يملك الأرض، فإذا أدعى مالك الأرض أن الباني سيئ النية فعليه حسبما تقضي به المادة ٩٢٤ من القانون المدني أن يقم الدليل على أن الباني كان يعلم وقت أن أقام المنشآت أن الأرض مملوكة لغيره، وأنه أقامها دون رضاء مالك الأرض.

(**الطعن رقم ٦٦٧ ـ لسنة ٦٣ ق ـ تاريخ الجلسة ١١ / ٠٤ / ٢٠٠٠**)

* * *

obeikan.com

مـــادة (٩٢٦)

إذا أقام أجنبى منشآت بمواد من عنده بعد الحصول على ترخيص من مالك الأرض فلا يجوز لهذا المالك إذا لم يوجد إتفاق فى شأن هذه المنشآت أن يطلب إزالتها ويجب عليه إذا لم يطلب صاحب المنشآت نزعها أن يؤدى إليه إحدى القيمتين المنصوص عليها فى الفقرة الأولى من المادة السابقة.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ليبى وعراقى و ٧٣٧ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

يراجع – لاحقاً – التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد على نص المادة ٩٣٠ مدنى.

رأى الفقه:

١– يخلص من نص المادة ٩٢٦ مدنى أننا نواجه فرضاً يكون فيه البانى غير حائز للأرض بنية تملكها، إذا هو حصل على ترخيص من صاحب ولا يضع يده عليها بنية تملكها، ولكنه بالترخيص الذى حصل عليه من صاحب الأرض يكون له الحق فى إقامة البناء، ومن ثم يكون فى وضع الحائز حسن النية الذى يعتقد أن له الحق فى إقامة المنشآت، والمفروض أن الترخيص قد سكت عن مصير المنشآت، فليس هناك إتفاق بين صاحب الأرض ومن أقام المنشآت على ما إذا كان صاحب الأرض يتملك هذه المنشآت، وفى نظير أية قيمة يكون هذا التملك، أو ما إذا كان له أو لصاحب المنشآت الحق فى طلب إزالتها، وكان المثل الظاهر لهذا الوضع هو المستأجر. يرخص له المؤجر فى البناء فى العين المؤجرة دون أن يتفق معه على مصير المنشآت، لولا أن القانون أورد نصوصاً خاصة بعقد الإيجار يجب تطبيقها دون تطبيق الأحكام العامة فى الإلتصاق، ويمكن افتراض أن البانى قد بنى فى أرض ترتب له عليها حق انتفاع على مصير البناء، فهنا يكون المنتفع قد بنى فى الأرض المنتفع بها بعد الحصول على ترخيص من مالك الأرض.

وفى هذا الغرض لا شك فى وجوب إعتبار البانى حسن النية، فهو وإن كان يعلم أنه غير مالك للأرض، إلا أنه حصل على رخصة من صاحب الأرض فى البناء، وهو الوضع المنصوص عليه فى المادة ٩٢٥ مدنى.

إن الأحكام العامة فى الإلتصاق توجب على صاحب الأرض عندما يتملك بالإلتصاق المنشآت يختلف باختلاف ما إذا كان من أقام المنشآت حسن النية أو سيئها، فهو إذا كان حسن النية كان التعويض الذى يلتزم به صاحب الأرض أدنى القيمتين: قيمة المواد مع أجر العمل أو قيمة ما زاد فى ثمن البناء من الأرض وإعادتها إلى أصلها. وهناك تعويض آخر فى هذا الفرض، فقد يختار صاحب الأرض تمليك

الأرض لصاحب المنشآت إذا كان التعويض المستحق مرهقاً له، وذلك فى مقابل تعويض عادل عن الأرض يكون الملتزم به فى هذه الحالة هو صاحب المنشآت نحو صاحب الأرض. وإذا كان صاحب المنشآت سيئ النية، كان لصاحب الأرض أن يطلب إزالة المنشآت، وله أن يستبقيها ويتملكها بالإلتصاق، ويكون التعويض الملتزم به فى هذه الحالة نحو صاحب المنشآت هو أدنى القيمتين: قيمة المنشآت مستحقة للإزالة أو قيمة زيادة ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت.

ولما كان التعويض يستحقه فى أغلب هذه الأحوال صاحب المنشآت قبل صاحب الأرض، وكان هو الذى يحوز الأرض التى أقام عليها المنشآت فمن حقه طبقاً للقواعد العامة أن يحبس الأرض حتى يستوفى التعويض المستحق له[1].

من أحكام القضاء الحديثة:

حق حبس المنشآت المقامة على أرض الغير لحين اقتضاء التعويض عنها، وجوب التمسك به وطرحه أمام محكمة الموضوع، عدم جواز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض.

(نقض – جلسة ١٩٨١/٢/٥ – الطعن ١٠٢١ لسنة ٥٠ق – لم تنشر بعد)

* * *

(١) الوسيط – ٩ – للدكتور السنهورى – المرجع السابق – ص ٢٩١ وما بعدها.

obeikan.com

مـــادة (٩٢٧)

تسرى أحكام المادة ٩٢٨ فى أداء التعويض المنصوص عليه فى المواد الثلاث السابقة.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٩٣١ ليبى و ٧٣٨ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

يراجع – لاحقاً – التعليق بالأعمال التحضيرية الواردة على نص المادة ٩٣٠ من القانون المدنى.

رأى الفقه:

١– يراجع – سابقاً – التعويض الوارد على نصوص المواد من ٩٢٤ حتى ٩٢٦ من القانون المدنى المصرى(١).

من أحكام القضاء الحديثة:

١– إذ كان للطاعنين – وهما يمتلكان بطريق الإلتصاق في المنشآت التي أقامها المطعون عليه على حصتهما في الأرض – الحق في ريع هذا القدر المملوك لهما وكان يبين من الحكم المطعون فيه أنه قضى برفض طلبهما الريع عن حصتهما في المنشآت إستنادا إلى أنه لا يكون لهما ثمة حق فيه لما للمطعون عليه من حق في حبسه حتى يستوفي منهما ما يستحقه من تعويض عن هذه المنشآت طبقاً لأحكام المادة ٩٢٥/١ من القانون المدني لأنه كان حسن النية وقت إقامتها إذ كان يعتقد أن له الحق في إقامة المنشآت المذكورة على أساس عقد البيع العرفي الذى كان في يده وأنه لم يثبت من الأوراق أنه إستوفى حقه في التعويض، ولما كان حق المطعون عليه في حبس ريع المنشآت حتى يستوفي حقه في التعويض عنها من الطاعنين لا ينفي قيام حقهما في الريع قبل المطعون عليه وكان يتعين على المحكمة أن تبحث القدر الواجب حبسه من الريع بالنسبة إلى التعويض المستحق الذى يختلف مقداره تبعاً لحسن نية المطعون عليه أو سوء نيته حسبما بينته المادتان ٩٢٤، ٩٢٥ من القانون المدني وبمراعاة ما تقضي به المادة ٩٨٢ من القانون المدني التي تجيز للقاضي بناء على طلب صاحب الأرض أن يقدر ما يراه مناسباً للوفاء بهذا التعويض، وله أن يقضي بأن يكون الوفاء به على أقساط دورية بشرط تقديم الضمانات اللازمة وللمالك أن يتحصل من هذا الإلتزام إذا هو عجل مبلغاً يوازي قيمة هذه الأقساط مخصوماً منها فوائدها بالسعر القانوني لغاية مواعيد إستحقاقها، وإذ أغفل الحكم المطعون فيه الرد على المستندات التي قدمها الطاعنان للتدليل على سوء نية المطعون عليه وهو دفاع جوهري قد يتغير به وجه الرأي في الدعوى، لما كان ذلك فإن الحكم المطعون فيه يكون قد أخطا في تطبيق القانون وعاره قصور يبطله في هذا الخصوص.

(الطعن رقم ٣٨٦ ـ لسنة ٤٢ ق ـ تاريخ الجلسة ٠٦ / ٠٤ / ١٩٧٦)

---

(١) الوسيط – ٩ – للدكتور السنهورى – المرجع السابق – ص ٣٠٦ وما بعدها.

مادة (٩٢٨)

إذا كان مالك الأرض وهو يقيم عليها بناء قد جار بحسن نية على جزء من الأرض الملاصقة، جاز للمحكمة إذا رأت محلاً لذلك أن تجبر صاحب هذه الأرض على أن ينزل لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء، وذلك فى نظير تعويض عادل.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٩٣٢ ليبى و ٧٣٩ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

ينظر – لاحقاً – بالأعمال التحضيرية الوارد على نص المادة ٩٣٠ من القانون المدنى.

رأى الفقه:

١– يفرض نص المادة ٩٢٨ مدنى أن أرضاً بنى عليها مالكها، وفى أثناء البناء جاوز أن يتنبه لذلك حدود ملكه إلى جزء صغير من الأرض الملاصقة لأرضه، فامتد البناء إلى هذا الجزء الصغير. وقد يكون ذلك كما هو الغالب لعدم ظهور الحدود وإيهامها ما بين الجيران، وهذا فرض يدخل فى نطاق أحكام الإلتصاق، فالبانى قد بنى بحسن نية فى هذا الجزء الصغير الملاصق لأرضه، فيكون قد بنى فى ملك غيره. وكان مقتضى تطبيق أحكام الإلتصاق فى هذا الفرض أن يتملك الجار الملاصق الجزء من البناء المقام على هذا الجزء الصغير من أرضه بالإلتصاق، وذلك بأدنى القيمتين: قيمة ما أنفقه البانى فى هذا الجزء من البناء وقيمة ما زاد فى الجزء فى الصغير الملاصق بسبب البناء. وكلا القيمتين تافه إزاء التضحية التى يتحملها البانى من أن يكون جزءاً لا يتجزأ من بنائه مملوكاً لجاره بالإلتصاق. وإذا جاز للبانى وهو حسن النية أن ينتزع البناء من الجزء الملاصق، فإنها تضحية أكبر. وإذا جاز للجار الملاصق أن يملك هذا الجزء الصغير من الأرض لصاحب البناء، فإن هذا حق للجار الملاصق لا إلتزام عليه ولا يستطيع البانى أن يجبره على استعماله.

وقد أوجد التقنين المدنى الجديد نصاً عادلاً هو المادة ٩٢٨ منه ويجب لتطبيقها توافر شرطين:

(١) أن يكون البانى إنما يبنى أصلاً فى أرضه، وقد جاوزها إلى جزء صغير من الأرض مملوك للجار الملاصق.

(٢) أن تكون هذه المجاوزة من المبانى قد وقعت بحسن نية.

فإذا توافر هذان الشرطان، جاز للقاضى ألا يجرى أحكام الإلتصاق، وأن يستثنى هذا الفرض من هذه الأحكام. وبدلاً من أن يملك الجزء من البناء لصاحب الجزء الصغير من الأرض الملاصقة، يملك هذا الجزء الصغير من الأرض لصاحب البناء، وذلك فى نظير تعويض عادل يقدره الخبير عند الاقتضاء. ويلاحظ أن هذا أمر جوازى للقاضى وخاضع لتقديره فإذا رأى من ظروف القضية ومن حسن نية البانى

ومن صغر الجزء من الأرض الملاصقة المشغول بالبناء ما يشفع فى الأخذ بهذا الحكم الذى يخرج فيه على أحكام لإلتصاق، جاز له أن يستثنى هذا الفرض، بدلاً من أن يخضعه لأحكام الإلتصاق يخضعه لهذا الحكم العادل[١].

من أحكام القضاء الحديثة:

١- إذا كان الحكم الصادر بندب خبير قد حسم النزاع القائم بين الطرفين فى خصوص انطباق المادة ٩٢٨ من القانون المدنى وقطع بأنها هى الواجبة التطبيق على موضوع النزاع لتوافر شروط إعمال أحكامها وأنصح صراحة تبعاً لذلك عن أن حق الطاعن قاصر على تعويض الضرر ولم يبق سوى الفصل فى مقدار التعويض حتى يقدم الخبير تقريره فى هذا الشأن، وإذ يعد هذا من الحكم فصلاً قطعياً فى شق الموضوع كان مثار نزاع بين الخصم وأنهى الخصومة فى شأنه بحيث لا يجوز للمحكمة إعادة النظر فيه فإن هذا الحكم مما يجوز الطعن فيه على استقلال لاشتماله على قضاء فى الموضوع.

(نقض – جلسة ١٩٧٦/٢/٢٨ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ١٨ – ص ٥٠٤)

٢- أن يؤدى نص المادة ٩٢٨ من القانون المدنى، وعلى ما أوضحته المذكرة الإيضاحية أنه إذا كان مالك الأرض وهو يقيم عليها بناء قد جاوزها إلى جزء صغير من الأرض مملوك للجار الملاصق وكانت هذه المجاورة من البانى قد وقعت بحسن نية، فإنه يجوز للقاضى استثناء من قواعد الإلتصاق التى تقضى بتمليك هذا الجزء من البناء لصاحب الأرض الملاصقة أن يجبره على أن ينزل للبانى عن ملكية الجزء المشغول بالبناء.

مقابل تعويض عادل. ولما كان الثابت فى الدعوى أن الطاعن قد تمسك فى دفاعه أمام محكمة الاستئناف بأنه كان حسن النية حين أقام المبانى على الدكان الذى تدعى المطعون عليهن ملكيته، ولم يجاوز ملكه إلا فى مساحة صغيرة، وأنه لا يجوز فى هذه الحالة القضاء بإزالة المبانى، وإنما يقتصر حق المطعون عليهم على المطالبة بالتعويض، وكان الحكم المطعون فيه قد قضى بإزالة هذه المبانى دون أن يعرض لدفاع الطاعن سالف البيان ويعنى بالرد عليه، وعلى أنه دفاع جوهرى من شأنه لو صح أن يغير الرأى فى الدعوى، لما كان ذلك فإن الحكم يكون مشوباً بقصور يبطله.

(نقض – جلسة ١٩٧٤/١٢/٣١ – المرجع السابق – السنة ٢٥ – ص ١٥٦٤)

٣- إقامة المالك بناء على أرضه. تجاوزه بحسن نية إلى جزء صغير من ملك جاره. جواز إلزام الجار بالنزول عن ملكية هذا الجزء للبانى مقابل تعويض عادل. المادة ٩٢٨ مدني.

مؤدى نص المادة ٩٢٨ من القانون المدنى وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة وأفصحت عنه المذكرة الإيضاحية أنه إذا كان مالك الأرض وهو يقيم عليها بناء قد جاوزها إلى جزء صغير من الأرض مملوك للجار الملاصق وكانت هذه المجاوزة من

---

(١) الوسيط – ٩ – للدكتور السنهورى – المرجع السابق – ص ١٥٦٢.

البانى قد وقعت بحسن نية فإنه يجوز للقاضى إستثناء من قواعد الإلتصاق التى تقضى بتمليك هذا الجزء من البناء لصاحب الأرض بأن يجبره على أن ينزل للبانى عن ملكية الجزء المشغول بالبناء مقابل تعويض عادل، لما كان ١المالك وكان الطاعنون قد تمسكوا في دفاعهم أمام محكمة الإستئناف بإمتلاكهم الفناء موضوع النزاع بموجب عقود مسجلة ترتد إلى العقد الصادر لهم بالمسجل.... لسنة ١٩٦٩ توثيق المنصورة وبوضع يدهم عليه المدة الطويلة المكسبة للملكية أو المقترن بحسن النية والسبب الصحيح وبأنهم كانوا حسنى النية حين أقاموا البناء وفتحوا المطلات وقاموا بإيداع ثمن الجزء المشغول بالبناء خزينة المحكمة بما يمتنع معه الحكم بالإزالة، وأن المطعون ضدهم إستندوا في ملكيتهم لهذا الفناء إلى مجرد حكم تثبيت الملكية..... لسنة ١٩٣٨ مدني بندر المنصورة لم يسجل ولم يقترن بوضع اليد ولم يصدر في مواجهة سلفهم، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بتثبيت ملكية المطعون ضدهم للفناء وإزالة البناء وسد المطلات أخذاً بتقارير الخبراء رغم تباين نتائجها في شأن ملكية هذا الفناء مع ما اقر به مورث المطعون ضدهم في الدعوى..... لسنة ١٩٣٨ مدني بندر المنصورة من أنه مملوك له وللسلف الأول للطاعنين بالإشتراك بينهما وأنه مخصص لمنفعة عقاريهما دون أن يضمن أسبابه ما يزيل هذا التباين أو يستجب إلى طلب الطاعنين إحالة الدعوى للتحقيق لإثبات ملكيتهم لهذا الفناء بالتقادم الطويل أو القصير المقترن بحسن النية والسبب الصحيح، أو يعرض لما تمسكوا به بشأن حسن نيتهم في إقامة المنشآت والمطلات مع أنه دفاع جوهري من شأنه لو صح أن يتغير به وجه الرأي في الدعوى فإنه يكون معيباً بالقصور في التسبيب.

(الطعن ٤٣٣٤ لسنة ٦٢ق جلسة ١٩٩٤/٥/١٨ س٤٥ ص٨٦١)

٤- التعويض العادل الممنوح لصاحب الأرض مقابل تنازله لجاره عن مليكة الجزء المشغول بالبناء. م٩٢٨ مدني. ماهيته. مقابل إستبقاء المباني دون إزالة. شطره. توافر حسن نية الجار صاحب البناء عند بنائه على الجزء الملاصق لأرضه. إفتراض قيام حسن النية ما لم يقم الدليل على العكس أو توافر أسباب تحول دون قيام هذا الإفتراض.

(الطعن رقم ٣٢٥٣ لسنة ٧٤ق – جلسة ٢٠٠٥/٣/١٣)

* * *

مـــادة (٩٢٩)

المنشآت الصغيرة كالأكشاك والحوانيت والمآوى التى تقام على أرض الغير دون أن يكون مقصوداً بقاؤها على الدوام تكون ملكاً لمن أقامها.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقال فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٣٩٣ ليبى و ٧٤٠ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

يراجع – لاحقاً – التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد على نص المادة ٩٣٠ مدنى.

رأى الفقه:

١– نص المادة ٩٢٩ مدنى استثناء آخر من أحكام الإلتصاق اقتبس من المادة ٦٧٧ مدنى سويسرى، فإن الأصل أن المنشآت كبيرة كانت أو صغيرة متى اندمجت فى الأرض تملكها الأرض بالإلتصاق ولكن القانون استثنى فى هذا الفرض المنشآت الصغيرة التى تقام مؤقتاً على أن أرض الغير، دون أن يقصد بقاؤها فيها على الدوام، وذلك كالأكشاك الخشبية والدكاكين الصغيرة والعشش والاستراحات المؤقتة وأكشاك الاستحمام التى لها أساس ثابت فى الأرض وغير ذلك من المآوى. فهذه ليس فحسب منشآت صغيرة، بل هى أيضاً منشآت مؤقتة لم يقمها صاحبها على أرض الغير على سبيل الدوام، وكان مقتضى تطبيق أحكام الإلتصاق أن صاحب الأرض يتملكها بالإلتصاق على أن يدفع تعويضاً لأصحابها يختلف باختلاف الأحوال.

ولكن استثناء من أحكام الإلتصاق، ونظراً لصغر قيمة هذه المنشآت وبالأخص لأنها مؤقتة لم يقصد به من إقامتها أن تبقى على سبيل الدوام، فقد قضت المادة ٩٢٩ مدنى بأن صاحب الأرض لا يتملكها بالإلتصاق بل تبقى ملكاً لمن أقامها. ويستوى فى ذلك أن يكون من أقام هذه المنشآت حسن النية يعتقد أن له الحق فى إقامتها فى أرض الغير. أو كان سيئ النية يعلم أن الأرض مملوكة للغير ولا حق له فى إقامة المنشآت عليها.

ويترتب على ذلك أن صاحب هذه المنشآت يستطيع نزعها من الأرض حتى لو كان سيئ النية، بشرط أن يعيد الأرض إلى أصلها وأن يعوض صاحب الأرض عما عسى أن يكون قد أصابه من الضرر. ويترتب على ذلك أيضاً أن صاحب الأرض يستطيع أن يطلب إزالتها حتى لو كان صاحبها حسن النية، مادام لم يتفق معه على إقامتها، أو لم يحدد الإتفاق مصير المنشآت.

وتبقى المنشآت قائمة على الأرض ومملوكة لمن أقامها، حتى ينزعها هذا الأخير أو يطلب إزالتها صاحب الأرض، وذلك ما لم يتفق صاحب الأرض وصاحب المنشآت على أمر آخر، كأن يتفقا على أن تبقى المنشآت فى الأرض لمدة معينة فى نظير أجرة

عن الأرض يدفعها صاحب المنشآت أو يتفقا على تمليك صاحب الأرض للمنشآت أو صاحب المنشآت للأرض فى نظير أجرة عن الأرض يدفعها صاحب المنشآت، أو أن يتفقا على تملك الأرض للمنشآت أو صاحب المنشآت للأرض فى نظير مبلغ معين، أو يتفقا على أى أمر آخر(١).

٢- يتضح من نص المادة ٩٢٩ مدنى أن المنشآت المذكورة فيه والتى تتميز بأنها تقام ودون قصد بقائها على الدوام لا تسرى عليها أحكام الإلتصاق، بل تبقى ملكا لمن أقامها دون تفرقة بين إذا كان حسن النية أو سيئ النية، وعلى ذلك يكون لصاحبها أن ينزعها ولو أراد مالك الأرض استبقاءها، كما يكون لمالك الأرض أن يطالب بإزالتها مع التعويض إن كان له محل(٢).

* * *

(١) الوسيط – ٩ – للدكتور السنهورى – المرجع السابق – ص ٣١٩ وما بعدها.
(٢) حق الملكية – للدكتور منصور مصطفى منصور – المرجع السابق – ص ٢٩٩.

obeikan.com

مادة (٩٣٠)

إذا أقام أجنبى منشآت بمواد مملوكة لغيره، فليس لمالك المواد أن يطلب استردادها، وإنما يكون له أن يرجع بالتعويض على هذا الأجنبى، كما له أن يرجع على مالك الأرض بما لا يزيد على ما هو باق فى ذمته من قيمة تلك المنشآت.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٩٢٤ ليبى، و ٨٩١ سورى، و ١١٢٢ عراقى، و ٧٤١ سودانى، و ٢١٨ لبنانى.

الأعمال التحضيرية:

١- بعد أن قررت المادة ١٣٥٧ قرينة فى صالح مالك الأرض هى أنه مالك لما فوقها وماتحتها، أصبح عبء الإثبات على من يدعى ملكية بناء أو غراس أو منشآت أخرى هو غير صاحب المنشآت، فلا تخلو الحال من أحد فروض ثلاثة: إما أن يكون صاحب الأرض هو البانى بأدوات غيره، وإما أن يكون صاحب الأدوات هو البانى فى أرض غيره، وإما أن يكون البانى قد بنى فى أرض غيره وبأدوات غيره.

٢- **ففى الحالة الأولى:** يجوز لصاحب الأدوات أن يطلب نزعها إذا لم يكن فى ذلك ضرر يلحق الأرض، ويطلب نزعها فى مدة سنة من اليوم الذى يعلم فيه باندماج الأدوات بالمنشآت، ويكون النزع على نفقة صاحب الأرض سواء كان سيئ النية أو حسن النية. فإن لم يطلب صاحب الأدوات نزعها فى خلال هذه السنة، أو طلب ولكن كان فى نزعها ضرر يلحق بالأرض، تملك صاحب الأرض الأدوات بالإلتصاق، ودفع تعويضاً لصاحب الأدوات يزيد إذا كان صاحب الأرض سيئ النية. وهذا الحكم يختلف عن حكم التقنين بالأرض أو لا يلحق، ففى الحالتين يتمسك صاحب الأرض بالمواد ويدفع قيمتها إن كان له محل، ولا يجوز لصاحب المواد أن يطلب نزعها فى أى حال، وواضح أن حكم المشروع وجه العدالة فى أظهر.

ومفروض فيما تقدم أن صاحب الأرض بنى بأدوات بناء، أما إذا كان قد أدخل فى بنائه تماثيل أو أثراً ثميناً أو نحو ذلك مما لا يعتبر من أدوات البناء، فلا يتملكه بالإلتصاق مطلقاً، بل يجب نزعه فى أى وقت يطلب صاحب التمثال أو الأثر فيه ذلك، ولو بعد السنة، بل ولو أحدث النزع ضرراً جسيماً للبناء.

٣- **وفى الحالة الثانية:** إذا كان صاحب الأدوات هو البانى فى أرض غيره، يجب التفريق بين ما إذا كان سيئ النية أو حسن النية. فإذا كان سيئ النية، أى يعلم أن الأرض ليست مملوكة له، وبنى دون رضاء صاحب الأرض، كان لهذا، إذا أثبت ذلك أن يطلب الإزالة على نفقة البانى وإعادة الشئ إلى أصله مع التعويض إن كان له محل، وذلك فى ميعاد سنة من اليوم الذى يعلم فيه بإقامة المنشآت، فإذا مضت السنة، أو إذا لم يختر الإزالة، تملك المنشآت بالإلتصاق، ودفع أقل القيمتين قيمة البناء مستحقاً للإزالة أو مازاد فى ثمن الأرض بسبب البناء. فإذا لم يدفع أقل القيمتين كان للبانى أن

يلزمه بالدفع، إلا إذا اختار نزع الأدوات المملوكة له، مادام ذلك لا يلحق بالأرض ضرراً (مادة ١٣٥٩ من المشروع وهى توافق مادة ٦٥ فقرة ١، ٢ من التقنين الأهلى إلا فى تفصيلات أهمها ميعاد السنة وجواز مطالبة البانى بنزع الأدوات إذا لم يلحق بالأرض ضرر من ذلك).

وإن كان البانى حسن النية، بأن كان يعتقد أن الأرض مملوكة له، وهذا مفروض إلا إذا قام الدليل على العكس، أو كان قد حصل على ترخيص من مالك الأرض ولم يحصل إتفاق على مصير المنشآت، كما هو حال المستأجر (انظر م ٧٩٣ فقرة أولى من المشروع)، فلا يجوز لصاحب الأرض طلب الإزالة، ويتملك المواد بالإلتصاق، ويخير بين دفع قيمة المواد وأجرة العمل، أو دفع ما زاد فى قيمة الأرض بسبب البناء. وإذا كانت قيمة المنشآت قد بلغت حدا من الجسامة لا يستطيع معه أن يؤدى ما هو مستحق عنها فإن له أن يطلب تمليك الأرض للبانى فى نظير تعويض عادل. هذا كله إلا إذا طلب البانى نزع الأدوات، ولم يكن نزعها يلحق بالأرض ضرراً جسيماً (مادة ١٣٦٠ – ١٣٦١ من المشروع، وتختلفان مع المادة ٦٥ فقرة ٣ من التقنين الأهلى فى أن المشروع عرض لفرض ما إذا كان البانى يعلم أن الأرض مملوكة لغيره، ولكن أقام المنشآت بترخيص من صاحب الأرض، وكذلك أعطى المشروع للبانى حق المطالبة بنزع الأدوات وأعطى لصاحب الحق فى تمليك الأرض للبانى فى نظير تعويض عادل، وهذان حقان سكت عنهما الحالى).

وفى الفروض المتقدمة إذا تملك صاحب الأرض الأدوات بالإلتصاق وجب عليه أن يدفع التعويض للبانى وفقاً للأحكام المتقدمة الذكر. ويجوز للقاضى بناء على طلب صاحب الأرض، أن يقرر ما يراه مناسباً للوفاء بهذا التعويض، وله أن يقضى بأن يكون الوفاء على أقساط دورية بشرط تقديم الضمانات اللازمة، ولصاحب الأرض أن يتحلل من تقديم الضمان، إذا هو وفى مالا توازى فوائده بالسعر القانونى قيمة هذه الأقساط (مادة ١٣٦٢ من المشروع وهى تحليل لمادة ١٤٣٤، فيرجع إلى المذكرة الإيضاحية بشأن هذه المادة).

٤– **وفى الحالة الثالثة:** إذا كان البانى قد بنى فى أرض غيره وبأدوات غيره، يرجع صاحب الأدوات على البانى بالتعويض من أجل الأدوات، ويرجع البانى على صاحب الأرض بالتعويض وفقاً للأحكام السابقة، ويكون لصاحب الأدوات على صاحب الأرض دعوى مباشرة مقدماً فى ذمة صاحب الأرض للبانى (مادة ١٣٦٥ من المشروع وتوافق مادة ٦٦ من التقنين الأهلى مع غموض فى عبارة هذا التقنين).

٥– ولا تنطبق الأحكام المتقدمة على الأكشاك والحوانيت والمآوى التى تقام على أرض الغير ولم يكن مقصوداً بقاؤها على الدوام. فهذه لا تملك بالإلتصاق بل تبقى ملكاً لمن أقامها، ويكلف هذا إذ كان معتدياً بالإزالة والتعويض (م ١٣٦٤ من المشروع وهى مأخوذة من المادة ٦٧٧ من التقنين السويسرى).

٦– واستثناء من الأحكام المتقدمة، إذ جار البانى بحسن نية على أرض الجار، وكان يبنى فى أرضه فجاوزها إلى جزء صغير ملاصق له من أرض جاره، وبنى بناء ضخماً لو طبقت عليه الأحكام المتقدمة لأصبح جزءاً من هذا البناء الضخم ملكاً

للجار، فإن للبانى أن يجبر الجار على أن ينزل له عن ملكية الجزء المشغول بالبناء فى نظير تعويض عادل. ويلاحظ فى تطبيق هذا الحكم شرطان أولهما أن البانى إنما يبنى أصلاً فى أرضه وقد جاوزها إلى جزء صغير ملاصق. والثانى أن هذه المجاورة من البانى قد وقعت بحسن نية. وقد جرى القضاء المصرى على هذا المبدأ دون أن يستند إلى نص، فقنن المشروع (م ١٣٦٣) هذا القضاء العادل، ودعمه بالنص الذى ينقضه[١].

رأى الفقه:

١- تتضمن المادة ٩٣٠ مدنى صور الإلتصاق الصناعى، وفيها يقيم البانى منشآت فى أرض غيره بمواد مملوكة لشخص ثالث. فيكون أمامنا أشخاص ثلاثة: صاحب المواد التى أقام بها البانى المنشآت، والبانى الذى أقام المنشآت، وصاحب الأرض التى أقيمت فيها المنشآت، وعلينا إذن أن تحدد علاقة صاحب المواد بالبانى، وعلاقة صاحب المواد بصاحب الأرض، وعلاقة البانى بصاحب الأرض:

أ- فبالنسبة لعلاقة صاحب المواد بالبانى – فمن الجائز أن يكون البانى قد تملكها بالحيازة بحسن نية وبسبب صحيح، فإذا أقام بها منشآت فى أرض غيره، فلا رجوع لصاحب المواد السابق عليه بشئ.

إما إذا كان البانى غير مالك للمواد وأقام بها منشآت فى أرض غيره وهو سيئ النية فأجبر على نزعها من الأرض، أو بنى وهو حسن النية واختار هو أن ينزعها من الأرض. ففى الحالتين مادامت المواد قد نزعت من الأرض ولم يتملكها صاحب الأرض بالإلتصاق، فإنه يبدو أن صاحب المواد يستطيع استردادها من البانى مادامت قد إحتفظت بذاتيتها لأن صاحب الأرض لم يتملكها بالإلتصاق ولم تنتقل ملكيتها إلى البانى بسبب من أسباب انتقال المالك فبقيت على ملك صاحبها، ويكون أيضاً لهذا الأخير أن يرجع على البانى بالتعويض إن قد أصابه ضرر.

وإذا كان صاحب الأرض قد تملك المواد بالإلتصاق، فإن لصاحب المواد أن يرجع على البانى بالتعويض لأنه قد تسبب فى أن تضيع عليه ملكية مواده. فيرجع بقيمة هذه المواد وقت إقامة المنشآت بها، وبالتعويض عما قد يكون أصابه من ضرر بسبب فقده لملكية المواد.

٢- وأما بالنسبة لعلاقة صاحب المواد بصاحب الأرض – إذا تملك صاحب الأرض المواد بالإلتصاق، فإن ملكية هذه المواد تنتقل من صاحبها إلى صاحب الأرض بسبب من أسباب كسب الملكية هو هذا الإلتصاق بالذات وليس صاحب الأرض فى الأصل مسئولاً نحو صاحب المواد، وإنما هو مسئول نحو البانى بالتعويض. ولما كان صاحب الأرض مديناً للبانى، وكان البانى مديناً بدوره لصاحب المواد، فإنه يجوز لصاحب المواد أن يرجع على صاحب الأرض بالدعوى غير المباشرة.

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى – الجزء ٦ – ص ٣٢٩ وما بعدها.

ولكن القانون أعطى لصاحب المواد فوق ذلك دعوى مباشرة على صاحب الأرض، نصت عليها الفقرة الأخيرة من المادة ٩٣٠ من القانون المدنى، ذلك أن البانى إذا كان قد بنى وهو سيئ النية ولم يطلب صاحب الأرض الإزالة، فعلى صاحب الأرض أن يدفع للبانى أدنى القيمتين: قيمة المنشآت مستحقة الإزالة، وقيمة ما زاد فى الأرض بسبب المنشآت. وإذا كان البانى قد بنى وهو حسن النية ولم يطلب نزع المنشآت من الأرض، فعلى صاحب الأرض أن يدفع للبانى أدنى القيمتين: قيمة المواد مع أجر العمل، وقيمة ما زاد فى الأرض بسبب المنشآت. ونرى من ذلك أن صاحب الأرض – فى الحالتين – إذا تملك المنشآت بالإلتصاق، عليه أن يدفع تعويضاً للبانى بمقدار حدده القانون، وعلى صاحب الأرض أن يدفع هذا التعويض للبانى. فإذا دفعه كله أو بعضه دون أن يعلم بحق صاحب المواد قبل البانى فقد برئت ذمته من هذا التعويض بمقدار ما دفع. أما إذا أنذر صاحب المواد صاحب الأرض بما له من حق التعويض فى ذمة البانى، فإنه يجب على صاحب الأرض أن يستبقى فى يده التعويض المستحق للبانى قبله أو الباقى فى هذا التعويض، ويكون لصاحب المواد الحق فى الرجوع على صاحب الأرض بدعوى مباشرة بالتعويض المستحق له قبل البانى فى حدود التعويض المستحق للبانى قبل صاحب الأرض أو هو باق فى ذمته من هذا التعويض، فإذا دفع صاحب الأرض للبانى التعويض المستحق له بالرغم من الإنذار الموجه إليه من صاحب المواد، لم يسر هذا الدفع فى حق صاحب المواد، وكان لهذا الأخير أن يرجع على صاحب الأرض للبانى وقت الإنذار. ولصاحب الأرض أن يرجع على البانى بما أجبر على دفعه لصاحب المواد.

٣- أما علاقة البانى بصاحب الأرض، فالبانى إذا كان سيئ النية، كان لصاحب الأرض أن يطلب الإزالة وإعادة الأرض إلى أصلها مع التعويض. وعندما يزيل البانى المواد من الأرض يجوز أن يستردها صاحبها منه. وإذا لم يطلب صاحب الأرض الإزالة تملك المنشآت بالإلتصاق، وجب عليه أن يدفع للبانى أدنى القيمتين: قيمة المنشآت مستحقة الإزالة وقيمة ما زاد فى الأرض يرجع بدعوى المنشآت، وفى حدود هذا التعويض يستطيع ما يستحقه من التعويض قبل البانى.

وإن كان البانى حسن النية، كان له أن ينزع المواد من الأرض مع إعادة الأرض إلى أصلها. وعندما ينزع البانى المواد من الأرض، يجوز هنا أيضاً يستردها صاحبها منه. وإذا لم ينزع البانى المواد من الأرض، تملك صاحب الأرض المنشآت بالإلتصاق، على أن يرفع للبانى أدنى القيمتين: قيمة المواد من أجر العمل وقيمة ما زاد فى الأرض بسبب المنشآت. وهنا أيضاً يستطيع صاحب المواد أن يرجع فى حدود هذا التعويض بدعوى مباشرة على صاحب الأرض لتقاضى ما يستحقه من التعويض قبل البانى. ويلاحظ أخيراً أنه إذا كان إلتزام صاحب الأرض بتعويض البانى مرهقاً له، كان له أن يملك الأرض للبانى فى نظير تعويض عادل طبقاً للقواعد المقررة فى هذا الشأن[1].

---

(١) الوسيط – ٩ – للدكتور السنهورى – المرجع السابق – ص ٣٢١ وما بعدها.

٢- إذا أقام شخص منشآت على أرض مملوكة لشخص آخر بمواد مملوكة لشخص ثالث، فيثور البحث عن حكم علاقات ثلاث: علاقة صاحب الأرض بمن أقام عليها المنشآت، وعلاقة من أقام المنشآت بصاحب المواد، وعلاقة صاحب المواد بمالك الأرض.

وفى العلاقة بين صاحب الأرض ومن أقام المنشآت تنطبق الأحكام السابقة بيانها بخصوص البناء أو الغراس فى أرض الغير، وهى تختلف بحسب ما إذا كان من أقام المنشآت سيئ النية أو حسن النية.

أما بالنسبة لعلاقة صاحب المواد بصاحب الأرض أولاً وبمن أقام المنشآت ثانياً. فمن نص المادة ٩٣٠ مدنى يتضح أن صاحب المواد ليس له أن يطلب نزعها لاستردادها، وإنما يقتصر حقه على طلب التعويض ممن أقام المنشآت فهو ليس دائناً لصاحب الأرض. ويكون له طبقاً للقواعد العامة أن يرجع على صاحب الأرض بطريق الدعوى غير المباشرة يطالبه بما يلتزم به هذا الأخير لمن أقام المنشآت (م ٢٣٥ مدنى)، وله بالإضافة إلى ذلك بنص المادة ٩٣٠ مدنى دعوى مباشرة ضد صاحب الأرض يطالبه فيها بما لا يزيد عما بقى فى ذمته من التعويض الذى يلتزم به لمن أقام المنشآت وإذا أزيلت المنشآت بناء على طلب صاحب الأرض فى حالة سوء نية من أقامها، أو بناء على طلب من أقامها فى حالة حسن النية، كان لمالك المواد يستردها بوصفه مالكها إذ أن الإلتصاق لم يتحقق[1].

من أحكام القضاء الحديثة:

١- الأراضي غير المنزرعة التي لا مالك لها تعتبر ملكاً للدولة ملكية خاصة (م٥٧ من القانون المدني القديم وم ٨٧٤ من القانون الحالي) ومن ثم فهي لا تدخل ضمن الأموال العامة إذ أنها ليست مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو مرسوم. وينبني على ذلك أن تلك الأراضي - كغيرها من أموال الدولة الخاصة - كانت تخضع لقواعد التقادم المكسب - شأنها في ذلك شأن أموال الأفراد - حتى تاريخ العمل بالقانون رقم ١٤٧ لسنه ١٩٥٧ الذي أضاف للمادة ٩٣٠ من القانون المدني الحالي حكماً جديداً يقضي بعدم جواز تملك الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو كسب أي حق عيني عليها بالتقادم.

(الطعن رقم ١٢٢ ـ لسنة ٢٧ ق ـ تاريخ الجلسة ٠٨ / ١١ / ١٩٦٢)

* * *

(١) حق الملكية - للدكتور منصور مصطفى منصور - المرجع السابق - ص ٣٠٢، ٣٠٣.

الإلتصاق بالمنقول

مادة (٩٣١)

إذا التصق منقولان لمالكين مختلفين بحيث لا يمكن فصلهما دون تلف ولم يكن هناك إتفاق بين المالكين، قضت المحكمة فى الأمر مسترشدة بقواعد العدالة ومراعية فى ذلك الضرر الذى حدث وحالة الطرفين وحسن نية كل منهما.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٩٣٥ ليبى و ٨٩٣ سورى و ١١٢٥ عراقى.

الأعمال التحضيرية:

حالة الإلتصاق بالمنقول هى حالة يميز فيها الفقه والتقنينات الأجنبية بين فروض مختلفة (المزج والخلط إلخ ٩ ولكن المشروع (م ١٣٦٦) اتبع التقنين الحالى (م٨٢/٦٧) وترك الأمر لتقدير القاضى يسترشد بقواعد العدالة، ويراعى فى ذلك الضرر الذى حدث، وحالة الطرفين، وحسن نية كل منهما. إلا أن المشروع نبه إلى أمر هام هو ألا يكون هناك إتفاق بين المالكين للمنقولين الملتصقين. وهذا القيد هو الذى يمنع من تطبيق الحكم فى العلاقة ما بين المستصنع والصانع، فإن الصانع وإن كان يخلط مواد مملوكة له بمواد مملوكة للمستصنع، يخضع للإتفاق المعقود بينه وبين المستصنع، وهو عقد الاستصناع[1].

رأى الفقه:

١- يتحقق الإلتصاق بمنقول إذا اندمج منقولان مملوكان لمالكين مختلفين بحيث لا يمكن فصلهما دون تلف، وهو ما يحدث من ثلاث: الأولى – ويطلق عليها (الضم) وهو أن يتحد المنقولان فيكونان شيئاً واحداً، ولكن يمكن التمييز بينهما، مثل وضع صورة فى إطار. والثانية – ويطلق عليها (المزج) وهى أن يختلط المنقولان بحيث لا يمكن تمييز أحدهما عن الآخر، كامتزاج سائلين ببعضهما. والصورة الثالثة – ويطلق عليها (التحويل) وهى أن يترتب على اندماج المنقولين وجود شئ جديد مغاير لكل منهما، كتحويل الخشب إلى قطعة أثاث.

ولما كان المفروض أن يكون المنقولان مملوكين لمالكين مختلفين، فإن قاعدة:
"الحيازة فى المنقول سند الحائز"، تؤدى إلى ندرة تحقق الإلتصاق بمعناه الفنى فى العمل، إذ غالباً ما يتملك مالك أحد المنقولين الآخر بمجرد حيازته بمقتضى تلك القاعدة.

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى – الجزء ٦ – ص ٣٣٥.

فإذا لم يتملك مالك أحد المنقولين الآخر بمقتضى الحيازة ولم يوجد إتفاق بين المالكين فتثور مسألة أثر الإلتصاق. ولم يشأ المشرع وضع قاعدة موضوعية فى هذا الخصوص، بل ترك التقدير للقاضى (المادة ٩٣١ من القانون المدنى).

وعلى ذلك فبمراعاة الظروف الخاصة بكل حالة على حدة، قد يقضى القاضى بقسمة المنقول إذا كانت القسمة العينية ممكنة، كما فى حالة امتزاج شيئين مثليين كسائلين من نوع واحد أو كميتين من القمح. وقد يقضى القاضى بجعل الملكية شائعة بين المالكين. وقد يقضى ببيع الشئ وقسمة الثمن بين المالكين، وفى كل هذه الحالات لا يتملك أحد بمقتضى الإلتصاق. ولكن قد يقضى القاضى بتمليك أحد المالكين للشئ كله كما لو كان الأمر بصدد صورة ثمينة وضعت فى إطار فتحكم المحكمة بتمليك صاحب الصورة، بإعتبارها الشئ الأصلي للإطار فى مقابل تعويض مالكه السابق، وعندئذ يتحقق الإلتصاق بمعناه الصحيح[١].

٢- تنص المادة ٩٣١ مدنى على الحالة الثالثة من أحوال الإلتصاق ففى الحالتين الأولتين كان الإلتصاق بعقار، وكان إما إلتصاقاً طبيعياً فى الحالة الأولى أو إلتصاقاً صناعياً فى الحالة الثانية. أما فى هذه الحالة الثالثة فالإلتصاق منقول بمنقول، وهو قليل الوقوع فى العمل، وإذا وقع فأهميته محدودة، ولذلك لم يفرد له التقنين المدنى فلا نصاً واحداً وكل فيه الأمر للقاضى، ويستوى فى هذا الإلتصاق أن يكون قد وقع عمداً أو بقوة قاهرة، كما يستوى أن يكون أحد المالكين أو كلاهما حسن النية أو سيئ النية. والمهم أن تتوافر شروط إلتصاق المنقول بالمنقول، فإذا ما توافرت ترتب على ذلك أحكام مردها جميعاً إلى تقدير القاضى – مسترشداً بقواعد العدالة – وهذه الشروط هى:

(١) أن يكون إلتصاق منقول بمنقول؟
(٢) أن يكون المنقولان مملوكين لمالكين مختلفين.
(٣) أن يندمج المنقولان أحدهما فى الآخر بحيث لا يمكن فصل أحدهما دون تلف يصيب أحدهما أو كليهما.
(٤) ألا يكون هناك إتفاق سابق بين المالكين المختلفين فى شأن مصير المنقولين بعد الإلتصاق، وهذا شرط جوهرى[٢].

* * *

(١) حق الملكية – للدكتور منصور مصطفى منصور – المرجع السابق – ص ٣٠٣، ٣٠٤.
(٢) الوسيط – ٩ – للدكتور السنهورى – المرجع السابق – ص ٣٢٥ وما بعدها.

٥ـ العقد

مادة (٩٣٢)

تنتقل الملكية وغيرها من الحقوق العينية فى المنقول والعقار بالعقد، متى ورد على محل مملوك للمتصرف طبقاً للمادة ٢٠٤ وذلك مع مراعاة النصوص الآتية:

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٩٣٦ ليبى و ٨٩٤ سورى و ٧٤٣ سودانى و ١١٢٦ عراقى.

الأعمال التحضيرية:

ينظر – لاحقاً – التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد على نص المادة ٩٣٤ مدنى.

رأى الفقه:

١– يخلص من نص المادة ٩٣٢ مدنى أن الملكية – فى المنقول والعقار على السواء – تنتقل بالعقد، على أن يرد العقد على عين معنية بالذات مملوكة للمتصرف. ونقل الملكية فى المنقول بالعقد ظاهر. وإذا كانت الملكية فى العقار لا تنتقل إلا بالتسجيل، فإن معنى ذلك أن الملكية لا تنتقل إلا إذا تمت إجراءات التسجيل. ولكن الذى ينقل الملكية – حتى فى العقار – هو العقد لا التسجيل، ذلك أن التسجيل لا ينتقل بذاته الملكية إلا فى نظام السجل العينى وهو نظام لا يزال غير معمول به حتى اليوم رغم صدور قانون.

وحتى لو قلنا (الدكتور السنهورى) مع الرأى الراجح أن الملكية فى العقار لا تنتقل فيما بين المتعاقدين إلا من وقت التسجيل، فإن ذلك لا يمنع من أن الذى نقل الملكية هو العقد، ولكن يتراخى أثره فى نقل الملكية إلى وقت التسجيل والصحيح فى نظرنا (الدكتور السنهورى) أن العقد المسجل ينقل الملكية فى العقار فيما بين المتعاقدين منذ انعقاده لا من وقت التسجيل، ولا ينفذ نقل الملكية فى حق الغير إلا من وقت التسجيل.

ويميل النص فى انتقال الملكية بالعقد إلى المادة ٢٠٤ مدنى[١]. فنقل الملكية إذن يسبقه إلتزام بنقل الملكية، وهذا الإلتزام يتم عن تنفيذه من تلقاء نفسه مع مراعاة التسجيل فى العقار، فتنتقل الملكية عن طريق تنفيذ هذا الإلتزام.

وليس كل عقد يكسب الملكية أو يكشف عن كسبها. والعقود المسماة المكسبة للملكية هى: البيع والمقايضة والهبة والشركة والقرض، وأهم هذه العقود جميعاً هو عقد البيع. والعقود المسماة التى تكشف عن كسب الملكية هى الصلح والقسمة[٢].

---

(١) يراجع فى الجزء الأول من هذا الكتاب – التعليق على هذه المادة.
(٢) الوسيط – ٩ – للدكتور السنهورى – المرجع السابق – ص ٣٣١ وما بعدها.

٢- العقد سبب من الأسباب المنشئة للحقوق العينية الأصلية، بل إن العقد هو أهم هذه الأسباب جميعاً. ويتم العقد عندما يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين. وإذا تم هذا التبادل الإرادى فإن العقد ينعقد فى ألزمان والمكان الذى يصل فيهما القبول إلى علم الموجب.

ولا شك أن أهم العقود التى تنتقل الملكية وسائر الحقوق العينية الأصلية هو عقد البيع. وليس معنى ذلك أن عقد البيع هو وحده الناقل للملكية، فالمقايضة والهبة والوصية، الأخرى تصرفات ناقلة للملكية. وإذا كان عقد البيع هو أهم العقود الناقلة للملكية فإن الذى يعنينا الآن هو الإشارة فى حدود ضيقة – إذ أن المجال ليس مخصصاً لدراسة العقد – إلى بيان الوقت الذى تنتقل فيه الملكية بالبيع – فهو أهم العقود الناقلة للملكية من البائع إلى المشترى[1].

من أحكام القضاء الحديثة:

١- طلب تثبيت ملكية ماكينة دون المنشآت والأرض المقابلة عليها، القضاء بإجابته إستناداً إلى أن عقد الشراء غير المسجل ناقل للملكية لوقوعه على مسئول ... لا خطأ.

(جلسة ١٩٧٢/١٠/٢٨ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٢٣ – مدنى – ص ١٢٢٥)

٢- حق ملكية العقار – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – لا ينتقل فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة إلى الغير إلا بالتسجيل، فلا تنتقل الملكية لمشتر لم يسجل عقد البيع الصادر إليه. ومن ثم لا يكون لهذا المشترى أن ينقل الملكية لمن اشترى منه لأنها لا تؤول إليه هو إلا بتسجيل عقده ولذلك فقد أورد المشرع بالمادة ٢٣ من قانون الشهر العقارى نصاً يقضى بأنه لا يقبل فيما يتعلق بإثبات أصل الملكية أو الحق العينى إلا المحررات التى سبق شهرها، فإذا توصل المشترى إلى تسجيل عقده أو تسجيل الحكم الصادر بصحته ونفاذه رغماً من أن سند البائع له لم يكن قد تم شهره، فإنه لا يكون من شأن التسجيل على هذه الصورة إعتبار المشترى مالكاً، إذ من غير الممكن أن يكون له من الحقوق أكثر مما هو للبائع له الذى لم تنتقل إليه الملكية بسبب عدم تسجيل سنده.

(نقض – جلسة ١٩٧٥/١٠/٢٨ – المرجع السابق – السنة ٢٦ – ٢٦ – ص ١٣٤٥)

(ونقض – جلسة ١٩٧٨/٢/٢٣ – المرجع السابق – السنة ٢٩ – ص ٥٨٠)

٣- عقد البيع غير المسجل، وإن كان لا يترتب عليه نقل ملكية العقار المبيع إلى المشترى إلا أنه يولد فى ذمة البائع إلتزاماً بتسليم المبيع، ويترتب على الوفاء بهذا الإلتزام أن يصبح المبيع فى حيازة المشترى، وله أن ينتفع به بجميع وجوه الانتفاع ومنها البناء على سبيل البقاء والقرار.

(نقض – جلسة ١٩٧٦/٢/١٧ – المرجع السابق – السنة ٢٧ – ص ٤٥٣)

---

(١) الحقوق العينية الأصلية – للدكتور محمد على عمران – المرجع السابق – ص ٨٩ وما بعدها.

٤ – عدم تسجيل المشترى عقد شرائه. أثره. للبائع ولورثته من بعده بيعه لمشترى آخر. تسلم المشترى الأول للمبيع. عدم جواز نزعه منه وتسليمه للمشترى الثاني طالما لم يسجل عقده. علة ذلك. مثال.

البيع – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة لا ينقل إلى المشترى ملكية العقار المبيع إلا بالتسجيل. فإذا لم يسجل عقد شرائه بقى العقار على ملك البائع ويكون له ولورثته من بعده بيع العقار إلى مشترى آخر، ولا محل للمفاضلة بين المشترين من ذات البائع أو المشترين منه والمشترين من ورثته بسبب تعادل سندات المشترين، ومن مقتضى ذلك أن إذا كان أحد المشترين قد تسلم العقار المبيع من البائع أو من ورثته من بعده تنفيذ للإلتزامات الشخصية.

التى يرتبها العقد فإنه لا يجوز بعد ذلك نزع العقار من تحت يده وتسلمه إلى مشترى آخر لذات العقار من ذات البائع أو من ورثته إلا بعد تسجيل عقده وثبوت أفضلية له بذلك، لما كان ذلك وكان الثابت بالأوراق أن الطاعن تمسك أمام محكمة الإستئناف أنه يضع يده على مساحة ١٢ط ف تدخل ضمن الأطيان موضوع الدعوى بمقتضى عقد بيع عرفي تاريخه ١٩٧٢/١٢/٢٨ صادر إليه من مورث المطعون ضدها، وقضى بصحته ونفاذه في الدعوى رقم ١٣٣٢ لسنة ١٩٧٣ مدني محكمة قنا الإبتدائية وبإلزام المطعون ضدها بتسليم تلك المساحة إليه، فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بإلزام الطاعن بأن يسلم الأطيان موضوع النزاع إلى المطعون ضدها دون أن يعرض لهذا الدفاع ويتناوله بالرد رغم أنه جوهري يتغير به – إن صح – وجه الرأي في الدعوى يكون مشوباً بالقصور الذى يعجز هذه المحكمة عن مراقبة تطبيقه للقانون على وجه صحيح.

(الطعن ١٢٢٨ لسنة ٥٦ق – جلسة ١٩٩٠/٢/١٥ س٤١ ص٥٠٣)

٥ – الملكية في المواد العقارية لا تنتقل سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير إلا بالتسجيل.

مؤدى نص المادة التاسعة من القانون ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقاري – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن الملكية في المواد العقارية لا تنتقل – سواء بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير – إلا بالتسجيل، وما لم يحصل هذا التسجيل تبقى الملكية على ذمة المتصرف، ولا يكون للمتصرف إليه في الفترة ما بين تاريخ التعاقد إلى وقت التسجيل سوى مجرد أمل في الملكية دون أي حق فيها.

(الطعن ٤١٣ لسنة ٥٨ق – جلسة ١٩٩٠/٣/٦ س٤١ ص٦٩١)

٦ – إعتداد المشرع بتصرفات المالك ثابتة التاريخ قبل العمل بالقانون ١٢٧ لسنة ١٩٦١ المقصود به إستبعاد محل هذه التصرفات من حساب ملكية الفرد عند تطبيق أحكامه دون الخروج على إجراءات نقل الملكية في العقار. مؤدى ذلك بقاء ملكية تلك المساحات على ذمة المتصرف فيها إستثناء إلى أن ينقل ملكيتها إلى المتصرف إليهن بالتصرفات المعتد بها. المواد الأولى والثانية والثالثة من القانون ١٢٧ لسنة ١٩٦١.

النص في المواد الأولى والفقرة الثانية من المادة الثانية والثالثة من القانون قم ١٢٧ لسنة ١٩٦١ دل – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – على أن الإعتداد

بتصرفات المالك ثابتة التاريخ قبل العمل بالقانون المذكور لم يهدف إلا إستبعاد المساحات محل هذه التصرفات من حساب ملكية الفرد عند تطبيق أحكامه رعاية لإستقرار المعاملات الجدية دون الخروج على إجراءات نقل الملكية

في العقار التى لا تتم إلا بالتسجيل فتبقى ملكيتها على ذمة المتصرف فيها إستثناء مما نصت عليه المادة الأولى من القانون لينفذ إلتزامه بنقل ملكيتها إلى المتصرف إليهم بالتصرفات المعتد بها.

(الطعن ٢٩٨ لسنة ٥٥ق جلسة ١٩٩٠/٦/٢٠ س٤١ ص٣٢٢)

٧ – تواطؤ مشترى العقار مع البائع أو علمه بالبيع السابق على شرائه ليس من شأنهما الحيلولة دون إنتقال ملكية المبيع له إذا ما بادر إلى تسجيل عقده قبل المشترى الآخر. علة ذلك.

سوء نية مشترى العقار بسبب علمه بالبيع السابق على شرائه أو تواطؤ مع البائع على الإضرار بالمشترى الآخر بقصد حرمانه من الصفقة ليس من شأن أيهما أن يحول دون القضاء له بصحة ونفاذ عقده متى توافرت شروط إنعقاده ومن إنتقال ملكية المبيع له إذا ما بادر إلى تسجيل عقده قبل تسجيل المشترى الآخر للمتصرف، الحاصل له، وكان توقيع مشترى العقار على عقد صادر لآخر من نفس البائع عن ذات المبيع لا يعد إقراراً منه بإنتقال ملكيته إلى الأخير يمنع من إنعقاد عقد هذا المشترى أو يفيد صوريته. ولما كان ذلك، وكان ما تمسك به الطاعن أمام محكمة الإستئناف من نعى على قضاء محكمة أول درجة بصحة ونفاذ العقد المؤرخ ١٩٧٣/١/٧ لصدوره عن غش وتواطؤ وعلى نحو ما ورد بوجه النعى لا يستند إلى أساس قانوني صحيح وليس من شأنه أن يتغير به وجه الرأي في الدعوى، فإن إغفال الحكم المطعون فيه الرد عليه لا يعد قصوراً مبطلاً له ويكون النعى بهذا الوجه في غير محله.

(الطعن ١٧٠ لسنة ٥٣ق – جلسة ١٩٩٠/١٠/١٨ س٤١ ص٥٢٣)

٨ – الملكية في المواد العقارية. عدم إنتقالها فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير إلا بالتسجيل. المادة ٩ بالقانون ١١٤ لسنة ١٩٤٦.

مؤدى نص المادة ٩ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦.

العقاري أن الملكية في المواد العقارية لا تنتقل – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – سواء بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير إلا بالتسجيل، وما لم يحصل هذا التسجيل تبقى الملكية على ذمة المتصرف، وإذ كان الحكم المطعون فيه قد خلص إلى أن ملكية المنزل محل النزاع لم تنتقل من المطعون ضدها الثانية إلى الطاعنين لعدم تسجيل العقد الصادر لصالح مورثتهم، فإنه لايقبل من الطاعنين المنازعة في نطاق عقد البيع الصادر للمطعون ضدها الأولى، ويكون الحكم المطعون فيه إذ إنتهى إلى رفض منازعتهم في هذا الشأن قد إلتزم صحيح القانون.

(الطعن ٢٠٩٢ لسنة ٥٩ق – جلسة ١٩٩٠/١٢/١٣ س٤١ ص٨٩٤)

٩ – تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد على بيع عقار ثم التأشير بمنطوق الحكم الصادر بصحته على هامش تسجيلها أو تسجيل الحكم. إرتداد أثره إلى تاريخ تسجيل الصحيفة. مؤداه. إعتبار حق المشترى حجة على كل من ترتبت له حقوق

عينية على العقار من تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى سواء كانت هذه الحقوق قد تقررت بتصرف رضائى أو نتيجة إجراءات تنفيذ عقاري.

من المقرر في قضاء هذه المحكمة – أن تسجيل صحيفة الدعوى التى رفعها المشترى على البائع لإثبات صحة التعاقد الحاصل بينهما على بيع عقار ثم التأشير بمنطوق الحكم الصادر بصحة التعاقد على هامش تسجيل الصحيفة من شأنه أن يجعل حق المشترى حجة على كل من ترتبت له حقوق عينية على العقار إبتداء من تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى، كما أن تسجيل الحكم يحدث نفس الأثر من حيث الإحتجاج على من ترتبت لهم حقوق عينية على العقار يرتد هذا التسجيل إلى تاريخ تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد، يستوى في ذلك أن تكون هذه إجراءات تنفيذ عقاري إتخذت ضد هذا البائع.

(الطعن ٢٧٢٤ لسنة ٥٩ق – جلسة ١٩٩٢/١/٣٠ س٤٣ ص٢٧٠)

١٠ – إنتقال الملكية في التصرفات العقارية. مناطه. أمران أصلى وهو العقد الصحيح الناقل للملكية وتبعى وهو التسجيل. مؤداه. العقد الباطل لصوريته لا يصححه التسجيل.

إذ كانت الملكية في التصرفات العقارية لا تنتقل بالتسجيل وحده وإنما هي تنتقل بأمرين أحداهما أصلى وأساسي وهو العقد الصحيح الناقل للملكية وثانيهما تبعى ومكمل وهو التسجيل فإذا إنعدم الأصلى فلا يغنى عنه المكمل وبالتالى فإن العقود الباطلة لصوريتها لا يصححها التسجيل.

(الطعن ٣٥ لسنة ٥٧ق – جلسة ١٩٩٥/١٢/٢١ س٤٦ ص١٤٢٨)

١١ – الملكية في العقارات. لا تنتقل فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة للغير إلا بالتسجيل. مشترى الأرض بعقد غير مسجل ليس له طلب إعمال قواعد الإلتصاق بشأن المبانى التى يحدثها الغير فيها.

حق ملكية العقار – وعلى ما جرى قضاء هذه المحكمة – لا ينتقل فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة إلى الغير إلا بالتسجيل فلا تنتقل الملكية لمشترى لم يسجل عقد البيع الصادر إليه، ولا يسوغ له ترتيباً على ذلك طلب إعمال قواعد الإلتصاق بشأن المبانى التى يحدثها الغير في الأرض التى إشتراها بعقد غير مسجل.

(الطعن ٦ لسنة ٦٤ق – جلسة ١٩٩٥/٢/١٤ س٤٦ ص٤١١)

* * *

مـــادة (٩٣٣)

المنقول الذى لم يعين إلا بنوعه لا تنتقل ملكيته إلا بإفرازه طبقاً للمادة ٢٠٥.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية المواد التالية:
مادة ٩٣٧ ليبى و ٨٩٥ سورى و ٧٤٤ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

ينظر – لاحقاً – التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد على نص المادة ٩٣٤ مدنى.

رأى الفقه:

١– إذا كان الشئ يرد عليه العقد منقولاً، وجب التمييز بين الشئ المعين بالذات والشئ الذى لم يعين إلا بنوعه.

ففى الشئ المعين بالذات، يتم تنفيذ الإلتزام بنقل الملكية المتولد من العقد بمجرد نشوء هذا الإلتزام، فإذا باع شخص سيارة معينة بالذات لشخص آخر، كان ملتزماً بنقل ملكية السيارة إلى المشترى. ومتى نشأ هذا الإلتزام فى ذمته تم تنفيذه بمجرد نشوئه، فتنتقل ملكية السيارة فعلاً إلى المشترى وذلك دون حاجة إلى أى إجراء آخر من تسليم أو نحوه.

فيتم انتقال الملكية فى المنقول الذى لم يعين إلا بنوعه بالإفراز ولو قبل التسليم، فلو أن شخصاً باع إلى شخص آخر عشرين إردباً من القمح معادلة للمقدار المحدد فى عقد البيع بقصد تسليمها إلى المشترى، ومن ثم يصبح المبيع شيئاً معيناً بالذات، فتنتقل ملكيته بالإفراز دون حاجة إلى التسليم(١).

* * *

(١) الوسيط – ٩ – للدكتور السنهورى المرجع السابق – ص ٣٣٣، ٣٣٤.

مادة (٩٣٤)

١- فى المواد العقارية لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى سواء أكان ذلك حقاً فيما بين المتعاقدين أم كان فى حق الغير، إلا إذا روعيت الأحكام المبينة فى قانون تنظيم الشهر العقارى.

٢- ويبين قانون الشهر المتقدم الذكر التصرفات والأحكام والسندات التى يجب شهرها سواء أكانت ناقلة للملكية أم غير ناقلة ويقرر الأحكام المتعلقة بهذا الشهر.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية المواد التالية:
مادة ٩٢٨ ليبى و ٨٨٨ سورى و ١١١٩ عراقى و ٢١٥ لبنانى ٧٤٥ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

تنتقل الملكية بالعقد فى المنقول المعين بالذات ولا حاجة للتسليم، فلو باع شخص سيارة معينة بالذات إلى آخر، انتقلت ملكيتها إلى المشترى قبل التسليم، ولو باعها مرة ثانية إلى مشتر آخر، كانت الملكية لمشترى الأول ولكن لو سلمها البائع للمشترى الثانى انتقلت الملكية من المشترى الأول إلى المشترى الثانى بالحيازة لا بالعقد. وإذا كان المنقول غير معين بالذات، فلا تنتقل الملكية إلا بالفرز.

١-أما فى العقار فلا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى، حتى فيما بين المتعاقدين إلا بالتسجيل، ولكن متى تم التسجيل تعتبر الملكية منتقلة من وقت العقد لا من وقت التسجيل، لأن سبب نقل الملكية هو العقد(١).

رأى الفقه:

١- يحيل نص المادة ٩٣٤ مدنى – انتقال ملكية العقار – إلى قانون تنظيم الشهر العقارى وهو القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦، ويبين هذا القانون التصرفات والأحكام والسندات التى يجب شهرها ويقرر الأحكام المتعلقة بهذا الشهر. والواقع أن هناك نظامين للشهر، نظام الشهر الشخصى وهو المعمول به حتى اليوم، ونظام السجل العينى، وقد صدر به القانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤، وأن نظام السجل العينى يعلو كثيراً على نظام الشهر الشخصى.

والمحررات الواجب شهرها وفقاً لقانون الشهر العقارى – هى:

– التصرفات المنشئة أو الناقلة أو المنهية لحق عينى عقارى أصلى، والأحكام النهائية المثبتة لشئ من ذلك (م ٩).

– التصرفات والأحكام النهائية الكاشفة عن حق عينى أصلى (م ١٠).

– حق الإرض ومصدره واقعة مادية هى وفاة المورث، والمحررات المثبتة لدين عادى على المورث (م ١٣، ١٤).

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية – الجزء ٦ – ص ٣٤١.

– دعاوى الطعن فى التصرف واجب الشهر ودعاوى إستحقاق حق عينى عقارى أصلى ودعاوى صحة التعاقد (م ١٥ – ١٨).

– التصرفات والأحكام المتعلقة بالحقوق العينية التبعية (م ١٢، ١٩).

– بعض التصرفات المتعلقة بحقوق شخصية: الإيجارات والسندات التى ترد على منفعة العقار إذا زادت مدتها على تسع سنوات، والمخالصات والحوالات بأكثر من أجر ثلاث سنوات مقدماً (م ١١) (١).

من أحكام القضاء الحديثة:

١– حق ملكية العقار المبيع – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – لا تنتقل فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة إلى الغير إلا بالتسجيل، فلا تنتقل الملكية لمشترٍ لم يسجل العقد الصادر إليه، ومن ثم لا يكون لهذا المشترى أن ينقل الملكية لمن اشترى منه لأنها لا تؤول إليه هو إلا بتسجيل عقده، ولذلك فقد أورد المشرع بالمادة ٢٣ من قانون الشهر العقارى نصاً يقضى بأنه لا يقبل فيما يتعلق بإثبات أصل الملكية أو الحق العينى إلا المحررات التى سبق شهرها، فإذا وصل المشترى إلى تسجيل عقده أو تسجيل الحكم الصادر بصحته ونفاذه رغماً من أن سند البائع له لم يكن قد تم شهره، فإنه لا يكون من شأن التسجيل على هذه الصورة إعتبار المشترى ملكاً، إذ من غير الممكن أن يكون له من الحقوق أكثر مما هو للبائع له الذى لم تنتقل إليه الملكية بسبب عدم تسجيل سنده. وبالتالى فإنه لا يجدى الطاعن التمسك بأن الملكية قد انتقلت إليه بتسجيل الحكم الصادر برفض دعواه بتثبيت ملكيته القدر المبيع له قد خالف حجية الحكم سالف الذكر، لا يجدى الطاعن هذا القول طالما أن الملكية لم تنتقل إلى البائع له. لما كان ذلك فإن الحكم المطعون فيه لا يكون قد خالف حكماً سابقاً صدر فى نزاع بين الخصوم أنفسهم.

(نقض – جلسة ١٩٧٥/١٠/٢٨ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٢٦ – مدنى – ص ١٣٤٥)

(ونقض – جلسة ١٩٧٨/١٠/٢٣ – المرجع السابق – السنة ٢٩ – ص ٥٨٠)

٢– عقد البيع غير المسجل، وإن كان لا يترتب عليه نقل ملكية العقار المبيع إلى المشترى، إلا أنه يولد فى ذمة البائع إلتزاماً بتسليم المبيع، ويترتب على الوفاء بهذا الإلتزام أن يصبح المبيع فى حيازة المشترى، وله أن ينتفع به بجميع وجوه الانتفاع ومنها البناء على سبيل البقاء والقرار.

(نقض – جلسة ١٩٧٦/٢/١٧ – المرجع السابق – السنة ٢٧ – ص ٤٥٣)

---

(١) الوسيط – ٩ – للدكتور السنهورى – المرجع السابق – ص ٣٣٤ وما بعدها، وفى تفصيل موضوعات الشهر: قوانين الملكية العقارية فى السودان – للدكتور سعيد محمد أحمد المهدى – طبعة ١٩٨١ – دار الفكر العربى – ص ١٣٨ وما بعدها، والملكية العقارية فى العراق – جزء ١ – للدكتور حامد مصطفى – المرجع السابق – ص ١٦٤ وما بعدها، والملكية ونظرية فى الشريعة الإسلامية – للدكتور فراج حسين – ط١ – ص ٢٩٨ وما بعدها.

٣- مشترى العقار بعقد غير مسجل ليس إلا دائناً عادياً للبائع، لا حق له مطالبة مستأجر العقار المبيع بالطريق المباشر. العلاقة بينهما تنشأ بعد انتقال الملكية للمشترى بالتسجيل.

(نقض – جلسة ١٩٧٧/٣/٣٠ – المرجع السابق – السنة ٢٨ – ص ٨٧٧)

٤- المنازعة فى صحة العقد تتسع لبحث ما يتعلق ببطلانه أو صوريته صورية مطلقة.

(نقض – جلسة ١٩٧٨/٤/٥ – المرجع السابق – السنة ٢٩ – ص ٩٦٥)

٥- الحكم الصادر ضد البائع متعلقاً بالعقار المبيع حجة على المشترى الذى سجل عقد شرائه بعد صدوره.

(نقض – جلسة ١٩٧٩/٦/٢٠ – الطعن ٧٣٩ لسنة ٤٢ق – لم ينشر)

التسجيل في دعوى صحة التعاقد:

٦ – تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد الناقل للملكية. ماهيته. القضاء بشطب تسجيل المشترى لعقده قبل التأشير لعقده قبل التأشير على هامش صحيفة الدعوى المرفوعة بصحة تعاقد آخر صادر عن ذات الأطيان المبيعة والمسجلة في تاريخ سابق على تاريخ التسجيل المحكوم بشطبه قضاء سابق لآوانه. علة ذلك.

(الطعن ٢٠٥٦ لسنة ٥٨ق جلسة ١٩٩٢/٦/١٧ س٤٣ ص٨١٦)

٧ – مجرد تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد. ليس من شأنه نقل الملكية العقارية من البائع إلى المشترى. عدم إنتقالها إلا بشهر الحكم النهائى الصادر بصحة البيع أو التأشير بمنطوقه في هامش تسجيل الصحيفة وثبوت الملكية للمشترى من وقت إشهار ذلك الحكم وليس من تاريخ تسجيل الصحيفة.

(الطعن ٢٤٧١ لسنة ٥٨ق جلسة ١٩٩٣/٢/١٨ لم ينشر بعد)

٨ – تسجيل صحيفة الدعوى التى يرفعها المشترى على البائع بصحة التعاقد الحاصل بينهما على بيع عقار. أثره جعل حق هذا المشترى الذى يقرره الحكم المؤشر به في هامش تسجيل الصحيفة بحجة من تاريخ هذا التسجيل على من ترتبت له حقوق عينية على ذات العقار تسجيل المتصرف إليه لعقده بعد ذلك لا يحول دون الحكم للمشترى الذى سجل صحيفة دعواه في تاريخ سابق بصحة عقده.

(الطعن ٣١٠٦ لسنة ٥٨ق جلسة ١٩٩٣/٤/١٥ س٤٤ ص١٣٦)

(الطعن ٨٧٣ لسنة ٥٨ق جلسة ١٩٩٢/١/٤ لم ينشر بعد)

٩ – التأشير بمنطوق الحكم الصادر بصحة التعاقد على هامش تسجيل صحيفة الدعوى. أثره. جعل حق المشترى المحكوم له حجة على من ترتبت له حقوق عينية على ذات العقار المبيع. تحقق ذات الأثر بشهر الحكم كله. علة ذلك.

(الطعن ٣١٠٦ لسنة ٥٨ق جلسة ١٩٩٣/٤/١٥ س٤٤ ص١٣٦)

١٠ – مجرد تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد لا يترتب عليه نقل ملكية المبيع إلى المشترى. إنتقالها بالتأشير بالحكم الصادر بصحة التعاقد على هامش تسجيل

الصحيفة أو بتسجيل الحكم النهائى. إنسحاب أثر التأشير بمنطوق الحكم على هامش تسجيل الصحيفة إلى تاريخ هذا التسجيل.

(الطعن ٢١١٧ لسنة ٥٦ق جلسة ١٩٩٣/٤/١٥ س٤٤ ص١٢٢)

١١ – وحيث أن هذا النعى في محله ذلك أن المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه إذا بنى القاضى حكمه على واقعة إستخلصها من مصدر لا وجود له أو موجود ولكنه مناقض لما أثبته أو غير مناقض ولكن من المستحيل عقلاً إستخلاص تلك الواقعة منه كان هذا الحكم باطلاً، وإن مجرد تسجيل دعوى صحة التعاقد لا شأن له بنقل الملكية العقارية من البائع إلى المشترى إذ للا تنتقل هذه الملكية إلا بإشهار الحكم النهائي الصادر بصحة البيع وذلك أما بتسجيل هذا الحكم أو بالتأشير بمنطوقه في هامش تسجيل الصحيفة، وكان الحكم المطعون فيه قد أسس قضاءه بفسخ عقد البيع محل النزاع المؤرخ ١٩٨٣/٨/١٩ سند الدعوى أن المستأنف عليهما الأول والثانية الطاعنان قد باعا للمستأنف المطعون ضده الأول قطعة الأرض محل التداعي وقبضا كامل الثمن وقدره ١٩١٢٥ جنيه وكان البين من الأوراق وخاصة تقارير الخبراء والمحضر.... لسنة.... إداري السلام والمقيد برقم ١٢٩٥ لسنة ١٩٨٤ جنح السلام ما مفاده أن العين محل التداعي مملوكة.... بعقد بيع مسجل مما يتعذر معه على المستأنف عليهما الأول والثانية الوفاء بإلتزاماتهما طبقاً لعقد البيع محل التداعي المؤرخ ١٩٨٣/٨/١٩ " لما كان ذلك وكان الواقع في الدعوى الثابت من تقارير الخبراء من المحضر ١٩٨٣/٦٦٧ إداري السلام المقيد برقم... لسنة... جنح السلام أن المدعوى /... وإن كان قد إشترى من المالك الأصلى لأرض التداعي المدعوى... مساحة منها قدرها ٢,٢٧٢ بموجب عقد البيع العرفي المؤرخ ١٩٧٢/٧/٤ الذى حكم بصحته ونفاذه في الدعوى رقم... سنة ١٩٧٨ شمال القاهرة الإبتدائية إلا أنه لم يسجل سوى صحيفة هذه الدعوى فإن ملكية الأرض موضوع النزاع لا تكون قد إنتقلت إليه وإذ إستخلص الحكم المطعون فيه من هذه الأوراق وعلى خلاف مدلولها أن الملكية قد إنتقلت إلى المشترى الآخر.... بعقد بيع مسجل بما يتعذر معه على الطاعنين الوفاء بإلتزامهما بنقل الملكية إلى المطعون ضده الأول ورتب على ذلك وحده قضاء بفسخ العقد يكون فضلاً عن فساد إستدلاله قد أخطأ في تطبيق القانون بما يوجب نقضه دون حاجة إلى بحث باقى أسباب الطعن.

(الطعن ٤٤٩٧ لسنة ٦٢ق جلسة ١٩٩٤/١/٢٧ س٤٥ ص٢٧٨)

١٢ – وحيث أن هذا النعى مردود لما هو مقرر في قضاء محكمة النقض أن الملكية تنتقل بالتسجيل ولو نسب إلى المشترى الذى بادر بالتسجيل التدليس أو التواطؤ مع البائع طالما أنه تعاقد مع مالك حقيقي لا يشوب سند ملكيته عيب يبطله، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على أن البيع الصادر لمورثه الطاعن لم يتم تسجيله أو تسجيل الحكم الصادر بصحته ونفاذه ورتب على ذلك إنتقال الملكية إلى المطعون ضدها الأولى التى قامت بالبيع للمطعون ضدهما الثاني والثالثة وبادر الأخيران إلى تسجيل التصرف الصادر إليهما فإنتقلت اليهما ملكية العقار المبيع وكان

هذا الذى أقام عليه الحكم قضاءه كافياً لحمله وفيه الرد الضمني على ما يثيره الطاعن فإن النعى عليه بهذا لسبب يكون على غير أساس.

وحيث أن حاصل السبب الثالث الإخلال بحق الدفاع، وفى بيان ذلك يقول أنه تم تجديد الإستئناف من الشطب بمعرفة المطعون ضدها الأولى وتحدد لنظره جلسة ١٩٨٨/٤/٢ كما هو بتجديد الإستئناف من الشطب أيضاً وحددت جلسة ١٩٨٨/٦/٤ لنظره، وقد نظرت المحكمة الإستئناف في الجلسة التى حددت بتجديد المطعون ضدها ولم تمهله المحكمة لإيداع دفاعه ومستنداته وطلب إعادة الإستئناف إلى المرافعة لتقديم هذا الدفاع غير أن المحكمة إلتفت عن هذا الطلب بما يعيب حكمها بالإخلال بحق الدفاع ويستوجب نقضه.

(الطعن ٣١٠٤ لسنة ٥٨ق جلسة ١٩٩٤/٢/١٠ لم ينشر بعد)

١٣ – تصدى القضاء في العديد من أحكامه لموضوع تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد.

وحيث أن الطعن بنى على ثلاثة أسباب تنعى الطاعنة بالسببين الأولين منها على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والفساد في الإستدلال، وفى بيان ذلك تقول ذلك أنه لما كان الإحتجاج بتسجيل صحيفة دعوى التعاقد يقتضى أن يؤشر على هامش هذا التسجيل بالحكم الصادر فيها خلال خمس سنوات من تاريخ صيرورة الحكم نهائياً عملاً بالمادة ١/١٧ ،٣ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٧٦ المعدل للقانون ١١٤ لسنة ١٩٤٦ وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بصحة ونفاذ عقد شراء المطعون ضدهم من الطاعنة بإعتبار بأسبقية تسجيل صحيفة دعواهم قبل تسجيل عقد البيع الصادر منها عن ذات المبيع لآخرين، رغم إنقضاء أكثر من خمس سنوات بين تاريخ الحكم الناقض في ٩٠/١/١٨ والحكم المطعون فيه الصادر فى ١٩٩٢/١١/١٧ وحكم أول درجة الصادر بجلسة ١٩٨٥/١/٢١ وأيضاً إنقضاء هذه المدة بين الحكم المطعون فيه وتاريخ شهر صحيفة دعوى المطعون ضدهم في ١٩٨٣/٥/١١ فإنه يكون معيباً بما يستوجب نقضه.

وحيث أن هذا النعى غير صحيح ذلك أن المقرر في قضاء هذه المحكمة أن النص في الفقرة الأولى من المادة ١٧ من قانون تنظيم الشهر العقاري ١١٤ لسنة ١٩٤٦ المعدل بالقانون ٢٥ لسنة ١٩٧٦ على أنه " يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة ١٥ أو التأشير بها أن حق المدعى إذا تقرر بحكم مؤشر به طبقاً للقانن يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية إبتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التأشير بها.... " والنص في الفقرة الثالثة منها على أنه " ولا يسرى حكم الفقرة الأولى من هذه المادة على الأحكام التى يتم التأشير بها بعد مضى خمس سنوات من تاريخ صيرورتها نهائية.... " مفاده أن تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد لا يكون حجة على من ترتبت لهم بعده حقوق على ذات المبيع إلا إذا تم التأشير بالحكم الصادر في الدعوى على هامش هذا التسجيل خلال خمس سنوات من تاريخ صيرورة الحكم نهائياً وان عدم التأشير في الميعاد يترتب عليه بقوة القانون زوال حجية أثر تسجيل الصحيفة قبل من ترتبت لهم حقوق عينية على ذات المبيع في تاريخ لاحق على تاريخ

لاحق على تاريخ التسجيل، لما كان ذلك، وكان البيه من مدونات الحكم المطعون فيه أن المطعون ضدهم سجلوا صحيفة دعواهم برقم ١٧٠٨ القاهرة في ١٩٨٣/٥/١١ قبل تسجيل المشتريات من الطاعنة عقدهن عن ذات المبيع برقم ١٨١٣ في ١٩٨٣/٥/٢١ فإن هذا التسجيل لا يسرى في حقهم ولا على المحكمة أن قضت لهم بصحة ونفاذ عقدهم حتى إذا أشر بمنطوق هذا الحكم طبقاً للقانون يكون حجة على المشتريات اللاتى ترتبت لهم من ذات البائعة حقوق عينية على العقار بعد تاريخ صدور الحكم المطعون فيه في ١٩٩٢/١١/١٧ فإن النعى يكون على غير أساس.

(الطعن ٦٦٩٧ لسنة ٦٢ق جلسة ١٩٩٤/٤/٢٠ لم ينشر بعد)

١٤ – وحيث أن النعى بهذا الوجه مردود لما هو مقرر في قضاء هذه المحكمة أن مجرد تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد ليس من شأنه بذاته نقل ملكية المبيع إلى المشترى، بل تنتقل إليه أما بتسجيل الحكم الصادر فيها أو بالتأشير بمنطوقه على هامش تسجيل الصحيفة، كنا أن من المقرر أن كسب الملكية بالتقادم الطويل يعتبر بذاته سبباً قانونياً مستقلاً للتملك يسرى على الكافة وإن إستظهار توافر أركان وضع اليد الملك من سلطة محكمة الموضوع دون معقب متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة. لما كان ذلك وكان الثابت بالأوراق أن ما قامت به الطاعنة إقتصر على مجرد تسجيل صحيفة دعواها بصحة ونفاذ عقد البيع الصادر لها وهو إجراء لا يترتب عليه نقل ملكية عين النزاع اليهما، وكانت المحكمة قد خلصت سائغاً إلى إكتساب المطعون ضدهما الأولين لملكية تلك الأرض بالتقادم الطويل المكسب ومن ثم فإن النعى بهذا الوجه يكون على غير أساس.

(الطعنين رقم ٢٠٨٦، ٢٠٨٩ لسنة ٥٨ق جلسة ١٩٩٤/٤/٢٠ لم ينشر بعد)

إنسحاب أثر التأشير بمنطوق الحكم إلى تاريخ تسجيل الصحيفة:

١٥ – التأشير بمنطوق الحكم الصادر في دعوى صحة التعاقد أو تسجيله كاملاً. إرتداد أثره من تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى. مؤدى ذلك. حق المشترى في الإحتجاج قبل من ترتب له حق عين على العقار المبيع منذ تسجيل الصحيفة.

(الطعن ١٧٧٠ لسنة ٥٧ق جلسة ١٩٩٢/١٢/١٣ لم ينشر بعد)

(الطعن ١٣٠١ لسنة ٥٣ق جلسة ١٩٨٨/٥/٢٩ لم ينشر بعد)

١٦ – إعتبار تسجيل صحيفة دعوى صحة ونفاذ البيع حجة على من ترتبت لهم بعده حقوق على ذات البيع توقفه على صدور الحكم فعلاً بصحة التعاقد والتأشير بمنطوقه على هامش ذلك التسجيل.

(الطعن ٢٤٧١ لسنة ٥٨ق جلسة ١٩٩٣/٢/١٨ لم ينشر بعد)

(الطعن ٣٥٠ لسنة ٣٩ق جلسة ١٩٧٤/١١/٢١ س٢٥ ص١٢٦٠)

١٧ – قاعدة الأسبقية في تسجيل صحيفة دعوى التعاقد. لا مجال لإعمالها إذا كان أحد العقدين صورياً صورية مطلقة.

(الطعن ٤٠١٤ لسنة ٦٦ق – جلسة ١٩٩٧/١/٣٠ س٤٨ ص٢٥٢)

١٨ – إن حق الملكية – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – لا ينتقل فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة إلى الغير إلا بالتسجيل، فلا تنتقل الملكية لمشتر لم يسجل عقد البيع الصادر إليه ولا يسوغ ترتيباً على لوارث هذا المشترى طلب تثبيت ملكيته للمبيع إستناداً إلى قواعد الإرث طالما أن المورث لم يسجل عقد شرائه. لما كان ما تقدم وكان الطاعن قد تمسك في دفاعه أمام محكمة الإستئناف بأن حيازة المطعون ضده لثلث العقار إنما هي حيازة عرضية ولحساب نجله القاصر المشمول بولايته بعد أن باع له هذا القدر، وكان الحكم المطعون فيه قد قضى بثبوت ملكية المطعون ضده لهذا القدر بوضع اليد المدة الطويلة المكسبة للملكية دون أن يعنى بالرد على هذا الدفاع الجوهري الذى – لو صح – لتغير به وجه الرأي في الدعوى، كما أثبت الحكم ملكيته للثلث الآخر بالميراث عن نجله المتوفى.... رغم أن الأوراق جاءت خلواً مما يفيد تسجيل مورثه المذكور عقد شرائه لهذا القدر.

(**الطعن ٦٤٤٠ لسنة ٧٢ق – جلسة ٢٠٠٤/٢/٢٥ لم ينشر بعد**)

١٩ـ المحكمة:

بعد الاطلاع على الأوراق، والمداولة.

حيث إن الوقائع حسبما يتبين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق تتحصل فى أن المدعى كان قد أقام الدعوى رقم ٢٧٥ لسنة ٢٠٠٠ مدنى كلى أمام محكمة الإسكندرية الابتدائية ضد المدعى عليهما الثانى والثالث فى الدعوى الماثلة، طلبًا للحكم بعدم تعرض المدعى عليه الأول له فى ملكية الشقة رقم (....) بالعقار رقم (.....) شارع مرتضى باشا شدس بقسم الرمل بالإسكندرية، وبجلسة ٢٠٠٠/٥/٢٢ حكمت المحكمة بعدم قبول الدعوى، استنادًا إلى ما استبان لها من أن التكييف القانونى السليم للدعوى أنها دعوى منع تعرض، ولم يقدم المدعى دليلا على حيازته للعين سوى صورة ضوئية من عقد بيع ابتدائى مؤرخ ١٩٩٨/٥/٣ خلت بنوده من دليل على استلامه للعين المبيعة. وإذ لم يرتض المدعى ذلك الحكم فقد طعن عليه بالاستئناف رقم ٤٣٤٢ لسنة ٥٦ قضائية أمام محكمة استئناف الإسكندرية، طالبًا إلغاء حكم محكمة أول درجة والقضاء بعدم تعرض المستأنف ضده الأول له فى ملكية العين محل النزاع، وأثناء نظر الاستئناف بجلسة ٢٠٠١/٧/٢٤ دفع المدعى (المستأنف) بعدم دستورية نص المادة (٩٣٤) من القانون المدنى والمادة (٩) من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بشأن الشهر العقارى، وإذ قدرت المحكمة جدية الدفع، وصرحت له بإقامة الدعوى الدستورية فقد أقام دعواه الماثلة.

وحيث إن المادة (٩٣٤) من القانون المدنى تنص على أنه:

١– فى المواد العقارية لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى سواء كان ذلك فيما بين المتعاقدين أم كان فى حق الغير، إلا إذا روعيت الأحكام المبينة فى قانون تنظيم الشهر العقارى.

٢– ويبين قانون الشهر العقارى المتقدم الذكر التصرفات والأحكام والسندات التى يجب شهرها سواء كانت ناقلة للملكية أم غير ناقلة، ويقرر الأحكام المتعلقة بهذا الشهر.

وتنص المادة (٩) من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقارى على أن " جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشئ من ذلك يجب شهرها بطريق التسجيل ويدخل فى هذه التصرفات الوقف والوصية.

ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم.

ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوى الشأن.

.....

وحيث إن المصلحة الشخصية المباشرة وهى شرط لقبول الدعوى الدستورية، مناطها أن يكون ثمة ارتباط بينها وبين المصلحة القائمة فى الدعوى الموضوعية، وذلك بأن يكون الحكم فى المسألة الدستورية لازما للفصل فى الطلبات الموضوعية المرتبطة بها والمطروحة على محكمة الموضوع ولا تتحقق المصلحة الشخصية المباشرة إلا باجتماع شرطين أولهما: أن يقوم الدليل على أن ضررًا واقعيًا مباشرًا يمكن تداركه قد لحق بالمدعى، وثانيهما: أن يكون مرد هذا الضرر إلى النص التشريعى المطعون فيه.

وحيث إن النزاع الموضوعى الذى تدور رحاه أمام محكمة الموضوع، إنما ينصب على تعرض المدعى عليه الثانى للمدعى فى حيازته للعين محل المنازعة، وكانت دعوى منع التعرض تحمى الحيازة فى ذاتها، وقوامها استمرار الحيازة الأصلية دون الحيازة العرضية، فدعوى الحيازة دعوى لها كيانها الخاص تقوم على الحيازة بصرف النظر عن أساسها ومشروعيتها، ولا محل فيها للتعرض لبحث الملكية وفحص مستنداتها، وهى بهذه المثابة تستقل عن دعوى تثبيت الملكية، ولا يجوز الجمع بينهما، إذ كان ما تقدم وكان النصان المطعون فيهما ينظمان كيفية انتقال حقوق الملكية والحقوق العينية الأخرى فى المواد العقارية ولا شأن لهما بالحيازة، ومن ثم لا يكون ثمة انعكاس للفصل فى دستورية هذين النصين على الطلبات المطروحة على محكمة الموضوع، مما يجعل المصلحة الشخصية المباشرة فى هذه الدعوى منفية، وهو ما تغدو معه تلك الدعوى غير مقبولة.

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بعدم قبول الدعوى، ومصادرة الكفالة، وإلزام المدعى المصروفات ومبلغ مائتى جنيه مقابل أتعاب المحاماه.

(الطعن رقم ٢٤٣ ـ لسنة ٢٣ ق ـ تاريخ الجلسة ٠٢ / ٠٥ / ٢٠١٠)

* * *

٦ـ الشفعة
شروط الأخذ بالشفعة
مـادة (٩٣٥)

الشفعة رخصة تجيز فى بيع العقار الحلول محل المشترى فى الأحوال وبالشروط المنصوص عليها فى المواد التالية:

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة يقابل فى نصوص القانون بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٩٢٩ ليبى و ١١٢٨ عراقى و ٢٢٨ لبنانى و ٧٤٦ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

١- عرفت الشفعة بأنها رخصة لا "حق" لأنها ليست بحق، بل هى سبب من أسباب كسب الملكية، فلا معنى للبحث فيما إذا كانت حقاً عينياً أو حقاً شخصياً وقد حذف المشروع من التعريف الذى أقرته اللجنة العبارة التى تذكر أن الشفعة سبب لكسب الحقوق العقارية، فإن هذا مفهوم من وضع الشفعة بين أسباب كسب الحقوق العينية. وإذا أريد بهذه العبارة – كما تقول المذكرة الإيضاحية للجنة، وأن تبقى الشفعة دائرة بين العينية والشخصية، كان هذا ادعى لحذفها.

٢- ويقول المذكرة إن اللجنة جعلت الحق فى الشفعة ينتقل بالميراث، خلافاً لما ذهبت إليه محكمة الاستئناف فى دوائرها المجتمعة. وأخذ بهذا الرأى بعض فقهاء الشريعة الإسلامية ومن بينهم الشافعى ومحمد، وهو الرأى الذى يتفق مع المبادئ العامة للقانون، فإن الشفعة أساس لدعوى من الدعاوى المالية، وهذا هو ما تقضى به طبيعة الشفعة وعلة مشروعيتها، وقد أخذ بهذا المبدأ التقنيان الألمانى والبولندى. ونصت اللجنة أخيراً، لاستكمال خصائص الشفعة، على أنها حق فلا يتجزأ فى استعماله[1].

رأى الفقه:

١- يؤخذ من التعريف الوارد بنص المادة ٩٣٥ أن الشفعة، وهى سبب من أسباب كسب الملكية، رخصة إذا استعملها الشفيع تملك عقاراً باعه صاحبه لغيره، وحل الشفيع محل المشترى فى هذا البيع. فهى لا تكون إلا فى بيع عقار. وقد قام فى الفقه جدل فى تكييف الشفعة، هل هى حق عينى أو حق شخصى. والصحيح أن الشفعة ليست بحق عينى ولا شخصى، بل هى ليست بحق أصلاً إنما الشفعة سبب لكسب الحق والفرق واضح بين الحق نفسه وبين سبب من أسباب كسبه، والشفعة بإعتبارها سبباً لكسب الحقوق العينية هى واقعة مادية. ومفاد ما جاء بنص المادة ٩٣٥ مدنى من أن "الشفعة رخصة" أن الرخصة تتولد إذن بقيام هذا المركز القانونى. وهذه الرخصة

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية – الجزء ٦ – ص ٣٤٦ وما بعدها.

تخول للشفيع الحق فى أن يتملك العقار المشفوع فيه بإرادته المنفردة، وذلك بأن يعلن رغبته فى الأخذ بالشفعة. فالشفعة لا تكون سبباً لكسب الملك فلا بقيام مركز قانونى معين تتهيأ أسبابه باجتماع وقائع مادية معينة، فيكون للشفيع ليس حق الملك بل الحق فى أن يتملك. فإذا أعلن عن إرادته فى الأخذ بالشفعة، وهذه إرادة منفردة أى تصرف قانونى صادر من جانب واحد، تكاملت عناصر الشفعة بإعتبارها سبباً من أسباب كسب الملكية فيتملك حقه فى ملكيته وذلك عن طريق حلوله محل المشترى.

والشفعة متصلة بشخص الشفيع ولصيقة به – ومنه يستخلص النتائج التالية:

(١) أن دائنى الشفيع لا يجوز لهم أن يستعملوا الشفعة نيابة عن الشفيع بطريق الدعوى غير المباشرة.

(٢) أن الشفعة لا تنتقل بطريق الحوالة من الشفيع إلى الغير.

(٣) أن للشفيع أن ينزل عن الشفعة بعد قيام سببها، بل وقبل أن يقوم بها سببها (م٩٤٨ مدنى).

(٤) أن الشفعة، إذا مات الشفيع قبل أن يستعمل حقه فيها، لا تنتقل بالميراث إلى ورثته[١].

٢– المستفاد من نص المادة ٩٣٥ مدنى أن الشفعة ليست حقاً من الحقوق، ولذلك لا يجز وصفها بأنها حق عينى أو حق شخصى، أو بأنها بين هذا وذاك، إن الشفعة مجرد رخصة، أو هى على حد قول الشرعيين: خيار ومشيئة، فهى مصدر من مصادر الملكية وسبب من أسباب كسبها وليست فى ذاتها حقاً من الحقوق. والحكمة وسبب من أسباب كسبها وليست فى ذاتها حقاً من الحقوق. والحكمة فى مشروعية الشفعة هى دفع ضرر المجاورة أو الاشتراك فى الملك، ثم إن من شأنها أيضاً منع تجزئة العقارات ببيعها لغير الجار والشريك وجمع ما تفرق من حق الملكية كضم حق الانتفاع إلى الرقبة عن طريق الأخذ بالشفعة.

والشفعة نظام مأخوذ من الشريعة الإسلامية، ولهذا وجب على القاضى أن يرجع إلى الشريعة الإسلامية لتفسير ما غمض من النصوص القانونية الخاصة بها، وكذلك يجب عليه الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية عند عدم وجود النص القانونى[٢].

٣– الشفعة – كما تقول المذكرة الإيضاحية – رخصة لا حق، وهى سبب من أسباب كسب الملكية والانتفاع والحكر. وقد استمد المشرع أحكام الشفعة من أحكام الشريعة الإسلامية بإعتبارها المصدر التاريخى. وقد أخذت تشريعات أجنبية بنظام الشفعة كالقانون الأسبانى والقانون الألمانى. والشفعة إذ تؤدى إلى كسب الحق المبيع جبراً عن المشترى تعتبر فقهاء الشريعة الإسلامية على خلاف الأصل والقياس، دفعاً لضرر متوقع للشفيع بسبب اتصال ملكه بالعقار المبيع وقد كان الإبقاء على نظام الشفعة محلاً لمناقشات كثيرة بين أعضاء اللجنة التى عد إليها بوضع مشروع الشفعة، ثم استقر الرأى – كما تقول المذكرة الإيضاحية – على إبقاء الشفعة سبباً لكسب

---

(١) الوسيط – ٩ – للدكتور السنهورى – المرجع السابق – ص ٤٤٥ وما بعدها.

(٢) الملكية وأسباب كسبها – للدكتور عبدالمنعم البدراوى – طبعة ١٩٨٠ – ص ٣٣٣، ٣٣٤.

الملكية لإعتبارات تاريخية، ولأن هذا النظام قد أصبح جزءاً من التقاليد القانونية للبلاد، هذا إلى ما للشفعة من فائدة فى جمع ما تفرق من حق الملكية كضم حق الانتفاع إلى الرقبة من طريق الأخذ بالشفعة(١).

٤- لقد استمد المشرع فى مصر أحكام الشفعة من الشريعة الإسلامية، وتبعاً لذلك فإنه يجب الرجوع – إذا كان هناك غموض أو لبس – إلى المعمول به فى الشريعة الإسلامية.

ومن الأحاديث النبوية الشريفة ما روى عن جابر أن النبى صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة فى كل مالاً يقسم، فإذا وقعت الحدود وعرفت الطرق فلا شفعة.

وعن جابر أيضاً أن النبى صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة فى كل شركة لم تقسم ربعه أو حائظ لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فإن شاء أخذ وإن شاء ترك فإن باعه ولم يؤذنه فهو أحق به.

ولقد أجمع على الأخذ بها فقهاء المسلمين فى كل زمان حتى صارت من التقاليد الموروثة فى بلادنا وأصبح الأخذ بها أمراً لا مناص منه، وفى الأخذ بالشفعة جمع لشتات الملكية، إذ لمالك الرقبة – على سبيل المثال – أن يشفع فى حق الانتفاع إذا ما بيع، وللشريك على الشيوع أن يشفع إذا ما باع شريك أخر له ما يملكه، وفى هذا جمع لشتات الملكية ومنع لتجزئتها، وإذا كان المبيع أرضاً زراعية فليس فى جمع الملكية مخالفة للنظام فى مصر، إذ أن هناك حداً أقصى لملكية الفرد لا يجوز تجاوزه. ولا يمكن أن يؤدى الأخذ بالشفعة إلى تجاوزه، وإلا كان فى ذلك مخالفة للقانون.

والشفعة طريقة من طرق اكتساب الملكية وبعض الحقوق العينية الأصلية الأخرى، وهى رخصة خولها القانون لكل من يوجد فى أحد المراكز القانونية المنصوص عليها فى القانون والتى تخول الأخذ بالشفعة.

والقاعدة هى حرية التعاقد، والبائع حر فى اختيار من يشترى منه، وفى الشفعة إجبار للبائع على البيع إلى مشتر غير الذى تعاقد معه، وتبعاً لذلك فلا يجب التوسع فى تفسيرها.

والشفعة ليست حقاً شخصياً ولا عينياً، ولكنها سبب لاكتساب الحقوق العينية الأصلية، يستند فيها الشفيع إلى مركز قانونى معين يتمثل فى سبب من الأسباب التى نص عليها القانون والتى تجيز الأخذ بالشفعة، فإذا ما اقترن هذا المركز القانونى بتعبير عن الإرادة يصدر من الشفيع، عندئذ يتملك الشفيع العقار المشفوع فيه.

والشفعة تتصل بالشفيع، وليس للشفيع أن ينزل عنها إلى غيره من جهة، ومن جهة أخرى فإن الشفعة تتبع العقار المشفوع به، فإذا أراد الشفيع أن ينزل عن حقه فى الأخذ بالشفعة إلى الغير، فإن عليه أن يتصرف فى العقار المشفوع به إلى هذا الغير. ويجب أن يتم ذلك قبل بيع العقار المشفوع فيه وإلا سقط الحق فى الأخذ بالشفعة، إذا يجب لثبوتها أن يكون الشفيع أن يكون الشفيع ملكاً العقار المشفوع به وقت بيع العقار المشفوع فيه.

---

(١) حق الملكية – للدكتور منصور مصطفى منصور – المرجع السابق – ص ٣٠٥ وما بعدها.

ولا تثبت الشفعة إلا للشفيع فقط، ولا يجوز لدائن الشفيع – إذا لم يعبر هذا الأخير عن إرادته فى الأخذ – أن يطيب الأخذ بها مستخدماً فى ذلك حقوق مدينه (الشفيع) بطريق الدعوى غير المباشرة.

فعلى من يريد أن يأخذ العقار المبيع كله وليس له الحق فى تجزئته لما يترتب على التجزئة من قصور يصيب البائع. وهذا يفترض بطبيعة الحال أن يكون العقار المشفوع فيه قد بيع فى صفقة واحدة. وأما إذا كان قد بيع فى صفقات متعددة مجزءاً وطالب الشفيع بالشفعة فى جزء منه – أى فيما ورد عليه البيع فى صفقة من الصفقات – فإن هذا لا يعتبر تجزئة للشفعة، إذ أن العقار المشفوع فيه كان منذ البداية مجزءاً.

فإذا كان العقار المشفوع فيه واحداً وبيع لعدة مشترين، فتجنب التفرقة بين ما إذا كان نصيب كل من المشترين مفرزاً، أم أنهم جميعاً مشترون على الشيوع، فإذا كان نصيب كل من المشترين قد تحدد مفرزاً جاز للشفيع أن يأخذ بالشفعة ما يشاء من هذه الأجزاء ولا ضرر يصيب البائع إذ تبدو الصفقة كما لو كانت مجزأة من البداية، فإذا كان نصيب كل مشترى شائعاً، ويتحقق ذلك عندما يتعدد المشتركون ولا يكون نصيب كل منهم مفرزاً، فيجب عندئذ، على الشفيع أن يشفع فى العقار المشفوع فيه كله، وإلا كان فى القول بغير ذلك تجزئه للشفعة والتجزئة لا تجوز.

وأما إذا تعدد العقارات المبيعة وبيعت لمشترين متعددين، فللشفيع أن يشفع فى العقار الذى تتوافر بالنسبة له شروط الشفعة فيه، إذ يعتبر كل من هذه العقارات صفقة واحدة قائمة بذاتها، ومن ثم فلا يبدو أن هناك تجزئة.

وإذا تعددت العقارات المبيعة وبيعت لمشترى واحد فى صفقة واحدة وبثمن واحد فعلى من يريد الشفعة أن يشفع فى العقارات جميعها، وإلا لترتب على القول بغير ذلك ضرر للبائع وللمشترى وتكون الصفقة واحدة ولو تعددت العقارات المبيعة متى كانت هذه العقارات المبيعة متصلة، أو حتى إذا كانت هذه العقارات منفصلة ولكنها لغرض واحد. ومثال ذلك أن يشمل المبيع مبنى مخصصاً ليكون مدرسة وقطعة أرض فضاء ملحقة به، فليس للشفيع أن يشفع فى المبنى دون الأرض أو فى الأرض دون المبنى لما فى ذلك من تجزئة للشفعة ضارة بالمشترى.

فإذا تعددت العقارات المبيعة وبيعت لمشترى واحد أو لأشخاص متعددين ولم يكن يجمعها وحدة الغرض أو الهدف، جاز للمشترى أن يأخذ منها بالشفعة ما يشاء، ولا يكون فى ذلك تجزئة للشفعة، إذ أن العقارات لم تبع فى صفقة واحدة، ولا ضرر يصيب البائع أو المشترى من التجزئة.

وبإعتبار الشفعة رخصة لا حق فهى لا تورث لأنها متصلة بشخص الشفيع.

ومع ذلك فإن مسألة عدم انتقال الشفعة إلى الورثة قد أثارت جدلاً كبيراً سواء فيما بين الفقهاء المسلمين أو فيما بين فقهاء القانون الوضعى، واختلفت فى شأنها أحكام القضاء – وفى المسألة تفصيل تعرضه فيما يلى:

١– إذا مات الشفيع بعد تمام الأخذ بالشفعة – فالحق يكون قد ثبت للشفيع، وتنتقل بعد ذلك لورثته.

٢- إذا مات الشفيع قبل بيع العقار المشفوع فيه فلا تثبت الشفعة لا للشفيع ولا لورثته.

٣- إذا مات الشفيع بعد بيع العقار المشفوع فيه وقبل تمام الأخذ بالشفعة – فهل ينتقل الحق فى الشفعة إلى ورثة الشفيع؟ أم أن هذا الحق خاص بالشفيع وبالتالى فإنه لا يورث.

أثارت هذه المسألة جدلاً بين فقهاء المسلمين، كما أثارت جدلاً بين فقهاء القانون، ومن فقهاء المسلمين من قال بأن الشفعة خيار والخيارات لا تورث، وهذا ما قال به بعض فقهاء الحنفية بينما قال البعض الآخر منهم أن حق الشفعة هو حق متعلق بمال وبالتالى فإنه يورث. ولقد ذهب المالكية فى الراجع لديهم إلى القول بأن حق الشفعة يورث قياساً على غيره من الأموال. ويذهب فقهاء الحنابلة إلى القول بوجوب التفرقة بين فرضين: (الأول) إذا مات الشفيع بعد بيع العقار المشفوع فيه وبعد أن يعبر عن رغبته فى الأخذ بالشفعة – فهنا ينتقل حق الشفيع قبل أن يكون الشفيع إلى ورثته، و(الثانى) إذا مات الشفيع قبل أن يكون قد عبر عن إرادته فى الأخذ بالشفعة – فهنا لا ينتقل الحق إلى ورثته.

أما فى مصر – فقد ذهب جانب من الفقه إلى القول بأن الشفعة لا تورث، وحجتهم فى ذلك أن الشفعة رخصة أو خيار، والقاعدة فى الفقه الإسلامى أن الخيارات لا تورث. على أن جانباً آخر من الفقه ذهب إلى القول بانتقال الشفعة بالميراث إلى الورثة حتى ولو كان الشفيع قد مات قبل أن يطلب الأخذ بالشفعة، فإذا كان قد طلبها فعلى الورثة استكمال ما بدأه مورثهم من إجراءات (نقض – جلسة ١٩٥٧/٣/٧ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٨ – مدنى – ص ٢١٤)، كما تنتقل الشفعة أيضاً إلى ورثة الشفيع حتى ولو كان قد مات قبل أن يطلب الأخذ بها.

وذهب بعض الفقهاء فى مصر إلى القول بانتقال الشفعة إلى ورثة الشفيع إذا كان هذا الأخير قد مات بعد أن يكون قد طلب الأخذ بالشفعة، فإذا لم يكن طلبها فإن الحق فيها لا ينتقل إلى ورثته.

فإذا مات الشفيع قبل بيع العقار المشفوع فيه وانتقلت ملكية العقار المشفوع به إلى الورثة، ثبت لهؤلاء الحق فى الأخذ بالشفعة لا بإعتبارهم ورثة ولكن بإعتبارهم ملاكاً للعقار المشفوع به وقت الأخذ بالشفعة.

وإذا مات الشفيع بعد إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة كان لورثته الحلول محله ولهم تبعاً لذلك المطالبة بالشفعة.

وأما إذا مات بعد بيع العقار المشفوع فيه وقبل المطالبة بالشفعة فقد ذهب الفقه إلى القول بأن الشفعة لا تنتقل إلى الورثة، فهى لم تثبت بعد للشفيع فكيف يمكن القول بانتقالها إلى ورثته، إذ أن فاقد الشئ لا يعطيه.

وهى لا تثبت أيضاً للورثة أيضاً بصفتهم الشخصية لكونهم غير مالكين للعقار المشفوع به وقت بيع العقار المشفوع فيه.

وينتقد الدكتور محمد على عمران هذا الرأى قولاً بأنه يؤدى إلى نتيجة غير منسجمة مع ما تقضى به قواعد الشفعة الخاصة، والأهداف التى ترمى إلى تحقيقها إذ يؤدى بألا شفعة للورثة لا إعتبارهم ورثة ولا أصلاء عن أنفسهم.

لذلك فقد ذهب رأى فى الفقه إلى القول بأن الشفعة تنتقل من الشفيع إلى ورثته، فهى وإن اتصلت بشخص الشفيع، إلا أنها تتعلق أيضاً بالعقار المشفوع به، ومتى انتقل هذا العقار المشفوع به إلى الورثة، فإن الحق فى الشفعة ينتقل أيضاً إليهم بالميراث حتى ولو لم تتوافر فيهم شروط الأخذ بالشفعة (الدكتور محمد لبيب شنب – ص ١٠٦ والدكتور محمد على عمران – ص ١٠٦)[١].

٥- الشريعة الإسلامية هى مصدر أحكام الشفعة فى القوانين الوضعية ولم يلتزم المشرع السودانى اتباع مذهب واحد عند الأخذ بنظام الشفعة.

وترجع الحكمة فى تشريع الشفعة إلى دفع ما قد يتوقع من ضرر يصيب الشريك بسبب مشاركته شخصاً قد لا تؤمن عواقبه أو من ضرر يصيب الجار من جار جديد قد يكون غليظ الطبع ردئ الخلق لا تؤمن شروره، وقد يكسب الشفيع بعد الشفعة سعة فى مسكه أو أرضه بعد أن كان فى مسكنه أو أرضه، والضرر يجب أن يزال ما أمكن لقوله صلى الله عليه وسلم: "لا ضرر ولا ضرار".

ولقد استمد المشرع السودانى والعربى نظام الشفعة من الشريعة الإسلامية، وهذه الشريعة هى المصدر المادى والتاريخى لنصوص الشفعة، وتلجأ المحاكم فى تفسير نصوص القانون إلى الفقه الإسلامى وبخاصة الحنفى فى السودان كما أنها تلجأ للعرف فى حالة عدم وجود نص تشريعى أو حكم فقهى بشرط أن يكون العرف سليماً وعقولاً ولا يتعارض مع النظام العام والدين والأخلاق القانون.

والشفعة – كحق أو رخصة بحسب نص القانون العراقى م ١١٢٨ والمصرى م ٩٣٥ – إذ تؤدى إلى تمليك العقار المبيع للشفيع جبراً عن المشترى، تعتبر قيداً على حرية التصرف، غير أنه قد أخذ بها دفعاً لضرر متوقع للشفيع بسبب اتصال ملكه بالعقار المبيع.

وقد أثار إبقاء سبباً لكسب الملكية مناقشات طويلة فى مصر وغيرها من الدول العربية، ولكن استقر الرأى على إبقائها لإعتبارات تاريخية، ولأن هذا النظام قد أصبح جزءاً من التقاليد القانونية كضم حق الانتفاع إلى الرقبة من طريق الأخذ بالشفعة فى مصر مثلاً.

إن للشفعة فوائدها الاقتصادية فى معظم حالاتها، فثبوتها فى حالة بيع الانتفاع أو الرقبة أو الحكر يؤدى إلى ضم ما تفرق من حق الملكية من حق الملكية فيجتمع للمالك سلطاته على الشئ، وثبوتها فى حالة بيع الشريك حصته لأجنبى يؤدى إلى إنهاء الشيوع، وهذان أمران مرغوب فيها من الناحية الاقتصادية.

أما ثبوت الشفعة بسبب مجرد الجوار فيبدو أنه لا ينطوى على فائدة واضحة. ولم يقل بالشفعة للجار من فقهاء المسلمين سوى أصحاب المذهب الحنفى. أما الجمهور

---

(١) الحقوق العينية الأصلية – للدكتور محمد على عمران – المرجع السابق – ص ٩٦ وما بعدها.

الأعظم من هؤلاء الفقهاء وهم ا لشافعية والحنابلة وأهل الظاهر فقد اجتمعت كلمتهم على أن الشفعة لا تثبت للجار. غير أن المشرع السودانى اتخذ مذهباً وسطاً حيث أقر أن يكون الجار فى الأراضى الزراعية والسكنية شفيعاً إذا كان لأرضه أو عليها حق ارتفاق بالنسبة إلى الأرض المشفوع فيها.

واقتنعت المحكمة بأن حق الارتفاق ذو قيمة أو فائدة، وهذا الرأى الوسط رأى عادل وهو رأى الفقيه ابن القيم وفقهاء البصرة لما يرونه بحق من أن الضرر الحاصل بالشركة فى حقوق بالارتفاق كالضرر الحاصل بالشركة فى الملك أو أقرب إليه. وينص بهذا الرأى حديثان عن رسول الله صلى الله عليه وسلم: قوله عليه الصلاة والسلام: "الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها إذا كان طريقهما واحداً". والثانى– قوله: "الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة".

إذا ألقينا نظرة عاجلة على القوانين المدنية العربية، نجد أن القوانين: المصرية والسودانية والليبية واللبنانية والعراقية أخذت بنظام الشفعة. أما القانون السورى فلا يأخذ بهذا النظام(١).

٦– تكلم القانون فى الشفعة بوصفها أحد أسباب كسب الملكية مستقلاً عن الأسباب الأخرى، والواقع أنها ليست كذلك على وجه الإطلاق، فالشفعة فى الحقيقة حلول شخص مكان مشترى العقار المبيع فهو إنما يملكه بسبب العقد الذى أبرم بين مالك العقار ومشتريه وليس بسبب عقد جديد. وكل ما يقع أن الشفيع يزيج المشترى ليحل محله فى ملكية العقار. فحق الشفعة يدور مع العقد وجوداً وعدماً بحيث إذا نفذ البيع ثبت وإن بطل أو فسخ زال. ولهذا قالوا إن البيع لا ينقض بالشفعة وتتحول الصفقة من المشترى إلى الشفيع، وأن الأخذ بالشفعة من حقوق البيع وأن الشفيع إنما يأخذ بما وجب بالعقد لا ما أعطى. وقد عرفوا الشفعة بأنها تمليك بمثل ما تملك به المشترى (بدائع الصنائع – كتاب الشفعة – جزء ٥).

وأصل حق الشفعة أنها ميراث قديم، كان أحدهم إذا اشترى منزلاً جاء جار المنزل أو الشريك فيه فيشفع فيه فيشفع له أن يوليه إياه، أى يحل محله ليسلم له الملك بلا شركة أو ليأمن جوار الغريب.

ولقد استبعد المشرع السورى الشفعة قول بأنها من الحقوق الضعيفة، مع أن القطر السورى كسائر البلدان الإسلامية قد عمل بها منذ أول الإسلام، وأن إثباتها فى القانون المصرى والقانون العراقى ما ينهض دليلاً على أنها قد اكتسبت من القوة ما يرفعها على أسباب اكتساب الملكية الأخرى.

والاختلاف ظاهر بين تعريف القانون العراقى م ١١٢٨ وبين تعريف القانون المصرى م ٩٣٥ للشفعة ظاهر فالأول يعرفها بأنها (حق تملك العقار المبيع جبراً على المشترى بما قام عليه من الثمن والنفقات المعتادة) وهو تعريف (مرشد الحيران – لقدرى باشا)، بينما تعريف القانون المصرى لها بأنها رخصة) أى إباحة لطلب العقار المبيع، والإباحة تتوقف على مشيئة الشفيع فى أن يستعمل ما خوله الشارع.

---

(١) قوانين الملكية العقارية فى السودان – للدكتور سعيد المهدى – طبعة ٢ – ١٩٨١ – ص ٧٦.

والذى يجرى مع أصل الشفعة فى الشريعة الغراء هو وصفها هو وصفها بأنها حق لا رخصة، من الأحاديث، ومن إجماع الفقهاء على وصفها بذلك، والفقهاء كما نعلم يعنون بالفرق بين الحق والرخصة فلو كانت رخصة ما سموها حقاً. ولما كانت حقاً يعطيه الشارع لمن توافرت فيه صفات الشفيع يحل به محل المشترى، فهى لذلك حق شخصى لا حق عينى، إذ أنها صفة لا صفة بالشفيع، ولا تكون حقاً عينياً إلا عندما تتقرر للشفيع، وعند ذلك تكون سبباً للملكية، ومن هذا الوجه فقط يصح إيرادها بين أسباب الملكية.

وحق الشفعة ثابت بالسنة، وبالإجماع:

ولما كان حق الشفعة قد ورد على خلاف القياس وكان فيه تقييد لحق الملكية لأن فيه رداً لبيع البائع وإبطال لملكية المشترى. فقد وصفوه بأنه حق استثنائى ضعيف. وعلاجاً لمخالفته للقياس أكثروا من قيود استعماله بحيث تدفع بالحيلة وتسقط لأوهى الأسباب[1].

من أحكام القضاء الحديثة:

١- مؤدى نص المادة ٩٣٥ من القانون المدنى أن الحق فى الشفعة يثبت لكل من قام به سبب من أسبابها بمجرد انعقاد البيع على العين المشفوعة وإذا كان الثابت من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق الأخرى أن الأطيان المشفوعة بيعت إلى الطاعنين بموجب عقدين مؤرخين ..... و ..... صادر أولهما من المطعون عليها الثانية، وصادر ثانيهما المطعون عليهما الثالثة والرابعة عن نفسها وبصفتها وصية على أولادها القصر، فإن الحق فى الشفعة – بإعتبارها سبباً من أسباب الملكية – يكون للمطعون عليه الأول (شريك على الشيوع) لكل عقد منهما إستغلال بمجرد إتمام انعقاده.

(نقض – جلسة ١٩٧٥/٦/١ – م.م.ف السنة ٢٦ – ص ١١٢٧)

٢- قاعدة أن الشفعة لا تتجزأ تعنى – وعلى ما جرى به قضاء النقض – أنه لا يجوز أن يأخذ بالشفعة فى صفقة واحدة بعض المبيع دون البعض الآخر حتى لا يضار المشترى بتبعيض الصفقة – ولما كان ثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أن المطعون عليه الثالث باع للطاعنة قطعة أرض مساحتها .... وأن المطعون عليها الأول والثانى أعلنا رغبتهما فى أخذ كل المساحة المبيعة بالشفعة وأقاما الدعوى بطلب أحقيتهما فى أخذ العقار المبيع جميعه بالشفعة بعد أن أودعا سوياً الثمن، فإنه لا يكون ثمة تبعيض للصفقة على المشترية (الطاعنة) أو تجزئة للشفعة.

(نقض – جلسة ١٩٨١/١١/٤ – الطعن ٧٣٠ لسنة ٤٨ق – لم ينشر بعد)

---

(١) الملكية العقارية فى العراق – الأستاذ حامد مصطفى – المرجع السابق – ص ٢٠٣ وما بعدها، ومقال: مدى قابلية الشفعة للتجزئة – للمستشار محمد على النفراوى – المجموعة الرسمية – السنة ٦٢ – العدد ١ – ص ٣١٣ وما بعدها، والشفعة هل هى سبب للتملك يتنافى مع الميثاق والدستور – للدكتور جمال العطيفى – الأهرام ١٩٧١/٣/١٩ – ص ٩.

٣- من حق المشترى للعين المشفوع فيها ألا تتجزأ عليه الصفقة، ولازم ذلك ضرورة الشفعاء أن يشتمل طلب بالشفعة على العين برمتها ولا يقتصر على جزء منها. وإذا تعدد الشفعاء من طبقة واحدة وكانت هى الطبقة الأعلى التى يحق لها الأخذ بالشفعة فإنه يجدر بكل شفيع منهم أن يطلب الشفعة فى كل العين المشفوع فيها درءاً لاحتمال أن يطلب الشفعة بعض الشفعاء دون بعضهم الآخر ألا يطلبها أحد غيره أو يسقط حق أحدهم فيها لسبب يتعلق بالمواعيد أو بغيرها من إجراءات الشفعة من إجراءات الشفعة فتتفرق الصفقة على المشترى وبذلك تكون الدعوى غير مقبولة. ومن جهة أخرى ليس لمن طلب جزءاً من العين المبيعة أن يعدل إلى طلب العين برمتها مادام قد فوت على نفسه المواعيد المقررة للأخذ بالشفعة، إذ من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن إجراءات الشفعة ومواعيدها مرتبطة ببعضها ارتباطاً وثيقاً وماساً ذات الحق ويوجب القانون اتباعها وإلا سقط الحق فى الشفعة.

(نقض - جلسة ١٩٨٢/٣/٤ - الطعن ١٣٦٢ لسنة ٤٨ق - لم ينشر بعد)

٤- للشفيع إذا بيع جزء شائع فى عقار لمشتريين متعددين على الشيوع أن يأخذ بالشفعة فى نصيب أحد هؤلاء المشتريين متى توافرت أسباب الشفعة دون أنصبة الباقين ولا يكون فى هذا تجزئة للصفقة لأنها مجزأة من الأصل.

(نقض - جلسة ١٩٧٩/٣/١ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٣٠ - مدنى - ص ٦٧١)

٥- يجوز لشفيع إذا تعددت الصفقة بأن بيع العقار أو أجزاء مفرزة لمشتريين لكل منهم جزء مفرز معين أن يأخذ بالشفعة فى بعض الصفقات دون البعض الآخر إذا توافرت شروط الشفعة فيه دون أن يكون فى ذلك تجزئة للشفعة.

(نقض - جلسة ١٩٨١/٢/٢٦ - الطعن ١٦٥٠ لسنة ٤٩ق - لم ينشر بعد)

٦- الشفعة جائزة فى البيع المعلق على الشرط الصحيح الفاسخ، لأن البيع فى هذه الحالة يكون موجوداً ونافذاً من وقت إبرامه. وعلى الشفيع أن يراعى مواعيد إجراءات الأخذ بالشفعة، فإن هو فوتها وسقط حقه فى الأخذ بها ولا ابتداء مواعيد جديدة بتخلف هذا الشرط.

(نقض - جلسة ١٩٨١/٣/١٢ - الطعنان ٧٨١ و ٩٥٢ لسنة ٤٩ق - لم ينشر بعد)

٧- لا يشترط - وعلى ما جرى به قضاء النقض - أن يكون البيع الثانى مسجلاً أو ثابت التاريخ قبل تسجيل طلب الشفعة حتى يلزم الشفيع بالأخذ بالشفعة فيه دون البيع الأول. فالتاريخ العرفى له حجيته على الشفيع ما لم يثبت أنه قدم غشاً ليكون سابقاً على تسجيل إعلان الرغبة فى الشفعة.

(نقض - جلسة ١٩٨٢/٣/١٨ - الطعن ٣٦٢ لسنة ٤٨ق - لم ينشر بعد)

٨- حق الشفعة، انتقاله بالتوارث، عدم قابليته للتجزئة، ثبوته لكل وارث إذا انفرد به أو للورثة.

(نقض - جلسة ١٩٨٢/٢/٢٤ - الطعن ٩٠١ و ٩٠٣ لسنة ٥٠ق - لم ينشر بعد)

٩- قاعدة أن الشفعة لا تتجزأ، مفادها إعلان الشفيعين رغبتهما فى أخذ كامل المساحة المبيعة بالشفعة وإقامتها الدعوى بذلك بعد أن أودعا سوياً الثمن – لا تبعيض أو تجزئة للصفقة.

(نقض – جلسة ١٩٨١/١١/١٤ – الطعن ٧٣٠ لسنة ٤٨ق – لم ينشر بعد)

١٠- حق المشترى للعين المشفوع فيها ألا تتجزأ عليه الصفقة مفاده ضرورة اشتمال طلب الشفعة على العين برمتها دون جزء منها طلب الشفيع جزء من العين المبيعة، أثره، ليس له العدول إلى طلب العين كلها مادام قد فوت على نفسه المواعيد المقررة للأخذ بالشفعة.

(نقض – جلسة ١٩٨٢/٣/٤ – الطعن ١٣٦٢ لسنة ٤٨ق – لم ينشر بعد)

١١- قادة أن الشفعة لا تتجزأ تعنى – وعلى ما جرى به قضاء النقض – أنه لا يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة فى صفقة واحدة بعض المبيع دون البعض الآخر حتى لا يضار المشترى بتبعيض الصفقة – ولما كان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أن المطعون عليهما الأول والثانى أعلنا رغبتهما فى أخذ كل المساحة المبيعة بالشفعة وأقاما الدعوى بطلب أحقيتها فى أخذ العقار المبيع جميعه بالشفعة بعد أن أودعا سوياً الثمن، فإنه لا يكون ثمة تبعيض للفقه على المشترية الطاعنة أو تجزئة الشفعة.

(نقض – جلسة ١٩٨١/١١/٤ – الطعن ٧٣٠ لسنة ٤٨ق – لم ينشر بعد)

١٢- من المقرر – وعلى ما جرى به قضاء النقض – أن قاعدة الشفعة لا تتجزأ تعنى أنه لا يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة فى صفقة واحدة بعض المبيع دون البعض الآخر حتى لا يضار المشترى بتبعيض الصفقة الثابت بالحكم المطعون فيه أن شراء الأرض المشفوع بها كان يعقد مستقل عن عقد شراء المسقاة فثمة صفقتان للشفيعين أن يأخذ الأرض بالشفعة دون المسقاة.

(نقض – جلسة ١٩٨٠/٥/٢٨ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٣١ – مدنى – ص ١٥٤٥)

١٣- جعل القانون البيع سبباً للشفعة كما جعل حق الشفيع فى طلبها متولداً من مجرد إتمام انعقاد البيع على العين المشفوعة. فإذا فسخ البيع بتراضى الطرفين بعد طلب الشفعة. فإنه لا يعدم أثر البيع بالنسبة للشفيع ويظل حقه فى الشفعة قائماً ويجوز للشفيع إجبار البائع بأن يمضى معه فى البيع لا مع المشترى.

(نقض – جلسة ١٩٨٠/٦/٣ – المرجع السابق – ص ١٦٥٧)

١٤- إقامة الحكم قضاءه على عدم تقديم الشفيع دليل على ملكيته للعقار المشفوع به، النهى عليه فيما استطرد إليه بشأن تجزئة الصفقة غير منتج.

(نقض – جلسة ١٩٨١/٥/٢٦ – الطعن ٨٤٢ لسنة ٤٨ق – لم ينشر بعد)

١٥- البيع الذى تجوز فيه الشفعة لا يشترط أن يكون مسجلاً.

(نقض – جلسة ١٩٨١/٤/٧ – الطعن ٢١ لسنة ٤٦ق – لم ينشر بعد)

١٦- حق الشفعة، انتقاله بالتوارث، عدم قابليته للتجزئة، ثبوته لكل وارث إذا انفرد به أو للورثة.

من المقرر فى قضاء النقض أن حق الشفعة من الحقوق التى يجرى فيها التوارث وهو حق غير قابل للتجزئة يثبت لكل وارث إذا انفرد به أو لهم جميعاً إذا اجتمعوا عليه.

(نقض – جلسة ١٩٨١/٢/٢٤ – الطعن ٩٠٣ لسنة ٥٠ق – لم ينشر بعد)

١٧– من المقرر وعلى ما جرى به قضاء النقض أن الشفيع بحكم أنه صاحب حق فى أخذ العقار بالشفعة يعتبر من طبقة الغير بالنسبة لطرفى عقد البيع سبب الشفعة فيجوز له أن يثبت البيع بكافة الطرق القانونية بما فيها البينة، ولا يحتج بقاعدة عدم جواز إثبات التصرف الذى تزيد قيمته على عشرين بغير الكتابة.

(نقض – جلسة ١٩٨٢/٦/١٦ – المحاماة – السنة ٦٥ – العدد ٣ و ٤ – ص ٧٦)

١٨ – عدم جواز الأخذ بالشفعة إلا إذا كان الشفيع مالكاً للعقار المشفوع به وقت قيام سبب الشفعة.

من المقرر فى قضاء المحكمة أن الشفعة لا تجوز إلا إذا كان الشفيع مالكاً للعقار الذى يشفع به وقت قيام سبب الشفعة.

(الطعن ١٤٥٨ لسنة ٥٧ق – جلسة ١٩٩٢/٥/٧ س٤٣ ص٦٦٨)

١٩ – عدم جواز تجزئة الشفعة. تخلف الشفعة بالنسبة لأحد الشفعاء. أثره. إنقاص العقار المطلوب أخذه بالشفعة بقدر نصيبه. مؤداه. تبعيض الصفقة على المشترى.

إذا كان الحكم الإبتدائي المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بأحقية المطعون ضدهم الثلاثة الأول في أخذ الأرض المباعة بالشفعة على ما ثبت من تقرير الخبير من أن هذه الأرض تجاور القطعة ١١٤ المملوكة للمطعون ضدهما الأول والثاني بمقتضى عقد البيع المسجل برقم ٨٩٠ لسنة ١٩٧٨ وأن للأرض المشفوع فيها حق إرتفاق بالري على تلك القطعة مما مفاده أن المطعون ضده الثالث غير مالك للأرض المشفوع بها، وكان تخلف حق الشفعة بالنسبة للمطعون ضده الثالث يؤدى إلى إنقاص المطلوب أخذه بالشفعة بقدر نصيبه ومن ثم تجزئة الصفقة على المشترى – الطاعن – بالمخالفة لقاعدة عدم جواز تجزئة الشفعة.

(الطعن ١٤٥٨ لسنة ٥٧ق – جلسة ١٩٩٢/٥/٧ س٤٣ ص٦٦٨)

٢٠ – إمتناع الأخذ بالشفعة في البيع الثاني. أثره. إمتناع الأخذ بها في البيع الأول الذى يجيزها. علة ذلك. البيع الثاني ينسخ البيع الأول. شرطه. أن يكون جدياً. صوريته صورية مطلقة. أثره. عدم ترتب آثاره أو إنتقال الملكية بمقتضاه إلى المشترى الثاني. علة ذلك إنعدامه قانون وعدم قيامه أصلاً في نية عاقدية. مؤداه. عدم جواز الأخذ بالشفعة لأي سبب في البيع الثاني الصوري صورية مطلقة لا يحول دون الأخذ بها في البيع الأول متى توافرت شروطها فيه ولو كان البيع الثاني مسجلاً. طعن الشفيع على الأخير بهذه الصورية. إلتزام المحكمة إبتداء أن تتصدى لبحثه وأن تقول كلمتها فيه.

إذ كان البيع الثاني من البيوع التى لا يجوز الأخذ فيها بالشفعة، فإنه يمتنع على الشفيع الأخذ بها حتى في البيع الأول الذى يجيزها، لأن البيع الثاني – إذا كان جدياً – فإنه ينسخ البيع الأول أما إذا كان بيعاً صورياً صورية مطلقة، فإنه يكون منعدماً قانوناً، غير قائم أصلاً في نية عاقدية، فلا تترتب آثاره ولا تنتقل بمقتضاه ملكية العقار إلى المشترى الثاني. وينبنى على ذلك أنه إذا طلبت الشفعة في بيع يجوز الأخذ فيه بالشفعة، ذلك أنه إذا طلبت الشفعة في بيع يجوز الأخذ به بالشفعة، وطعن الشفيع بالصورية المطلقة على بيع ثان وتبتت صوريته، فإن عدم جواز الأخذ بالشفعة في هذا البيع الثاني لأي سبب من الأسباب، لا يحول دون الأخذ بها في البيع الأول متى توافرت شروط الشفعة فيه، ومن ثم يكون لزاماً على المحكمة أن تتصدى إبتداء لبحث الطعن بالصورية المطلقة، وتقول كلمتها فيه، فإذا ثبتت صوريته كان منعدماً غير منتج لأي أثر قانوني، ولو كان مسجلاً.

(الطعن ٢٧٤١ لسنة ٦٣ق – جلسة ٢٠٠٠/١١/٢٨ لم ينشر بعد)

٢١- المقرر – في قضاء هذه المحكمة – تطبيقاً لأحكام المادتين ٩٣٥، ٩٣٦ من القانون المدني – أن ملكية الشفيع للعقار المشفوع به وقت إبرام البيع المشفوع فيه، شرط لقبول دعواه بالشفعة، وأنه يتعين على محكمة الموضوع أن تتثبت من هذه الملكية بدليل يصلح قانوناً لإثباتها، وهي إذ تفعل ذلك من تلقاء نفسها، إنما تمارس واجبها في بحث شروط الشفعة التي يتطلبها القانون ومدى انطباقها على الوقائع التي ثبتت لديها تمهيداً لإنزال حكمه الصحيح على الدعوى.

(الطعن رقم ٢٨٦١ ـ لسنة ٧٠ ق ـ تاريخ الجلسة ١٤ / ١١ / ٢٠٠١)

* * *

يثبت الحق فى الشفعة

مادة (٩٣٦)

(أ) لمالك الرقبة إذا بيع كل حق الإنتفاع الملابس لها أو بعضه.

(ب) للشريك فى الشيوع إذا بيع شئ من العقار الشائع إلى أجنبى.

(ج) لصاحب حق الإنتفاع إذا بيعت كل الرقبة الملابسة لهذا الحق أو بعضها.

(د) لمالك الرقبة فى الحكر إذا بيع حق الحكر، وللمستحكر إذا بيعت الرقبة.

(هـ) للجار المالك فى الأحوال الآتية:

١ـ إذا كانت العقارات من المبانى أو من الأراضى المعدة للبناء سواء أكانت فى المدن أم فى القرى.

٢ـ إذا كان للأرض المبيعة حق ارتفاق على أرض الجار، أو كان حق الارتفاق لأرض الجار على الأرض المبيعة.

٣ـ إذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المبيعة من جهتين وتساوى من القيمة نصف ثمن الأرض المبيعة على الأقل.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية: مادة ٩٤٠ ليبى و ١١٢٩ عراقى و ٢٣٩ لبنانى و ٧٤٧ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

١- يلاحظ أولاً أن اللجنة جعلت ترتب صاحب حق الإنتفاع بين الشفعاء فى المكان الثانى، فيأتى بعد مالك الرقبة وتقول المذكرة الإيضاحية فى ذلك أن كلا من مالك الرقبة وصاحب حق الإنتفاع فى مركز معادل لمركز الآخر. والغرض من إعطاء كل منهما، الحق فى الأخذ بالشفعة هو جميع ما تفرق من حق الملكية. فإذا جاء مالك الرقبة بين الشفعاء فى المكان الأول وجب أن يتلوه صاحب حق الإنتفاع، فيأتى فى المكان الثانى.

٢- ويلاحظ ثانياً أن المشروع قد زاد على الشفعاء الذين أقرتهم اللجنة المحتكر ومالك الرقبة، فكل منهما يأخذ بالشفعة من الآخر، جمعاً لما تفرق من حق الملكية كما فى الرقبة وحق الإنتفاع، وابتغاء لوسيلة جديدة ينتهى بها حق الحكر وهو حق غير مرغوب فى بقائه.

٣- ويلاحظ أخيراً أن المشروع رجع بالجواز إلى ما هو عليه الآن فى القانون القائم، وقد تقدم ذكر ذلك[١].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى – الجزء ٦ – ص ٣٦٠ وما بعدها.

رأى الفقه:

١- إذا باع شريك مشتاع حصته الشائعة لشريك مشتاع مثله، لما جاز لشريك مشاع ثالث أخذه هذه الحصة الشائعة المبيعة بالشفعة، ذلك أن بيع الحصة الشائعة التى يراد أخذها بالشفعة يجب أن يكون صادراً إلى أجنبى لا إلى شريك مشتاع، وهذا هو صريح نص المادة ٩٣٦ بند (ب) من القانون المدنى.

وبمقتضى المادة ٩٣٦/ب والمادة ٣/٩٣٧ من القانون المدنى، أنه إذا كان المشترى للحصة الشائعة هو نفسه شريك فى الشيوع فضل على شفيع هو مثله شريك فى الشيوع لأنه شفيع فى طبقته، وإنما يأخذ الشريك فى الشيوع الحصة الشائعة المبيعة بالشفعة إذا كان الذى اشترى هذه الحصة أجنبياً أى غير شريك فى الشيوع، لأن الشفيع هنا يكون من طبقة أعلى فيتقدم المشترى.

فإذا كان المشترى جاراً توافرت فيه شروط الأخذ بالشفعة، فإنه يعتبر مع ذلك أجنبياً بالنسبة إلى الشركاء فى الشيوع، ويستطيع أحد هؤلاء الشركاء أن يأخذ منه الحصة الشائعة المبيعة بالشفعة، لأن البيع صادر لأجنبى، ولأنه إذا كان الجار شفيعاً فإن الشريك فى الشيوع فى طبقة أعلى من طبقته، فيستطيع الأخذ منه بالشفعة.

إن رقبة العقار التى انفصل عنها حق الإنتفاع هى نفسها عقار وقد يملكها عدة شركاء فى الشيوع. فإذا بيعت حصة شائعة وقد يملكها عدة شركاء فى الشيوع. فإذا بيعت حصة شائعة فى هذه الرقبةن وكان لها شفيعان: شريك مشتاع فى الرقبة غير الشريك البائع، ويشفع بإعتباره مالكاً فى الشيوع أى بإعتباره شفيعاً فى المرتبة الثانية. وصاحب حق الإنتفاع أى بإعتباره شفيعاً فى المرتبة الثالثة. فإذا تزاحم هذان الشفيعان قدم من كان فى مرتبة أعلى، ومن ثم يقدم الشريك المشتاع فى الرقبة وهو فى المرتبة الثانية على صاحب حق الإنتفاع وهو فى المرتبة الثالثة.

وأن حق الإنتفاع الذى انفصل عن الرقبة هو نفسه عقار، وقد يملكه عدة شركاء فى الشيوع. فإذا بيعت حصة شائعة فى حق الإنتفاع، كان لها شفيعان: مالك الرقبة، وهى الحق الذى انفصل عنه حق الإنتفاع من المرتبة الأولى. وشريك مشتاع فى حق الإنتفاع غير الشريك البائع، ويشفع بإعتباره مالكاً فى الشيوع، أى بإعتباره شفيعاً من المرتبة الأولى. وشريك مشتاع فى حق الإنتفاع غير الشريك البائع، ويشفع بإعتباره شفيعاً فى المرتبة الثانية. فإذا كان تزاحم هذان الشفيعان قد من كان فى مرتبة أعلى، ومن ثم يقدم مالك الرقبة وهو فى المرتبة الأولى على الشريك المشتاع فى حق الإنتفاع وهو فى المرتبة الثانية.

وتثبت صفة الشفيع، فى المرتبة الثالثة، لصاحب حق الإنتفاع إذا بيعت كل الرقبة الملابسة لهذا الحق أو بعضها (م ٩٣٦ بند ج مدنى). يخلص من هذا أن صاحب حق الإنتفاع هنا يشفع فى حصة شائعة فى حق الإنتفاع، فإنه يشفع فيها كشريك على الشيوع ويأتى فى المرتبة الثانية شانه فى ذلك شأن سائر الشركاء فى الشيوع.

فإذا كان هناك عقار مملوك لشخص، وقد رتب عليه حق إنتفاع لمصلحة شخص آخر، فأصبح مالك العقار مالكاً لرقبته فقط، فإذا باع الرقبة، كان لصاحب حق الإنتفاع

أن يشفع فى الرقبة المبيعة فيلم بذلك شتات الملكية إذ يصبح مالكاً للعقار ملكية تامة، وهذا هو الغرض الذى أعطى من أجله صاحب حق الإنتفاع الشفعة فى الرقبة.

أما إذا رتب مالكان على الشيوع لعقار بحق النصف حق إنتفاع، ثم باع أحدهما النصف الذى يملكه فى الرقبة كان لهذا النصف شفيعان: مالك النصف الآخر للرقبة ويعتبر شريكاً فى الشيوع وهو مقدم إذ هو فى المرتبة الثانية من الشفعاء، فإذا لم يأخذ بالشفعة جاز أن يأخذ بها صاحب حق الإنتفاع وهو تال فى المرتبة إذ هو فى المرتبة الثالثة بين الشفعاء. فإذا أخذ صاحب حق الإنتفاع النصف المبيع من الرقبة بالشفعة، لم شتات ملكية العقار فى نصفه إذ يصبح مالكاً ملكية تامة لهذا النصف، ويظل صاحب حق إنتفاع فى النصف الثانى من العقار. فهذا على كل حال خطوة نحو شتات الملكية قد تتلوها خطوة أخرى إذ باع مالك النصف الآخر من الرقبة النصف الذى يملكه، فيأخذه بالشفعة صاحب حق الإنتفاع فى هذا النصف من الرقبة بإعتباره صاحب حق إنتفاع يشفع فى الرقبة، بل يستطيع أن يأخذه قبل ذلك بإعتباره شريكاً فى الشيوع، فيملك فى الحالين العقار كله ملكية تامة، ويلم شتات الملكية على وجه كامل.

أما إذا رتب مالك العقار حق إنتفاع عليه لشخصين فى الشيوع لكل منهما النصف مثلاً، فإذا باع الرقبة، فلصاحبى حق الإنتفاع أن يشفعا معاً فى الرقبة كل بقدر النصف، فيصبحان مالكين مناصفة للعقار ملكية تامة. كذلك يستطيع أحد صاحبى حق الإنتفاع أن يأخذ بالشفعة نصف الرقبة الملابس للنصف الذى يملكه فى حق الإنتفاع فيصبح مالكاً لنصف العقار فى الشيوع ملكية تامة، ويبقى النصف الآخر من العقار مقسماً بين صاحب حق الإنتفاع الآخر والمشترى لكل الرقبة بالشفعة. وقد يعترض هذا المشترى على ذلك متمسكاً بعدم تفرق الصفقة عليه، إذا هو قد اشترى كل الرقبة ولم يخلص له إلا نصفها. ففى هذه الحالة يكون له الحق فى إجبار صاحب نصف حق الإنتفاع الذى أخذ بالشفعة نصف الرقبة على أن يأخذ النصف الآخر فى الرقبة منعاً لتفرق الصفقة، أو أن يترك الشفعة فى نصف الرقبة الذى أراد أخذه. فإن أخذ صاحب نصف حق الإنتفاع كل الرقبة، أصبح مالكاً لنصف العقار صاحب ملكية تامة ومالكاً للرقبة فى النصف الآخر. وإن ترك الشفعة خلص لمشترى الرقبة حقه كاملاً فى الرقبة التى اشتراها ولا تتفرق عليه الصفقة، وظل مالكاً حق الإنتفاع كما هما مالكين لهذا الحق فى الشيوع بعد أن ترك كل منهما حق الأخذ بالشفعة.

أما إذا رتب مالكان للعقار على الشيوع بحق النصف معاً حق إنتفاع فى هذا العقار لمصلحة شخصين فى الشيوع كل بمقدار النصف، فإن باع أحد مالكى الرقبة النصف الشائع الذى يملكه فى الرقبة، جاز لمالكى حق الإنتفاع أن يأخذ معاً هذا النصف بالشفعة، لأن كلاً منهما يملك الأخذ بالشفعة، ما لم يطلبه الشريك الآخر فى الرقبة فيأخذه لأنه شريك فى الشيوع ومقدم فى المرتبة على صاحبى حق الإنتفاع.

وإذا بيعت الرقبة كلها لأحد صاحبى حق الإنتفاع، لم يجز لصاحب حق الإنتفاع الأول هو المشترى وقد توافرت فيه الشروط التى كانت تجعله شفيعاً فيفضل على صاحب حق الإنتفاع من طبقته (م ٩٣٧ مدنى، محمد على عرفة – ص ٤٠٧). كذلك يستطيع أحد مالكى حق الإنتفاع وحده أن يأخذ نصف الرقبة المبيع بالشفعة إذا لم

يطلبه الشريك الآخر فى الرقبة، ولا يستطيع المشترى أن يعترض لأن الصفقة لم تتفرق عليه. وإذا باع مالكاً الرقبة كل الحق جاز لصاحبى حق الإنتفاع أن يأخذاه معاً بالشفعة، وجاز لأخذهما أن يأخذ بالشفعة نصف الرقبة الملابس لحقه فى الإنتفاع فى الإنتفاع إلا إذا تمسك المشترى بعدم تفرق الصفقة، فيحتم عندئذ على هذا الشفيع إما يأخذ كل الرقبة أو أن يترك الأخذ بالشفعة أصلا.

وتسرى الأحكام المتقدمة على حق الإستعمال وحق السكنى، سواء أكان لا يجوز النزول عن هذين الحقين كما هو الأصل أو كان جائزاً على سبيل الاستثناء متى كانت لا تتعارض مع طبيعة هذين الحقين (م ٩٩٧ و ٩٩٨ مدنى).

وتثبت صفقة الشفيع فى المرتبة الرابعة لمالك الرقبة فى الحكم إذا بيع حق الحكر وللمستحكر إذا بيعت الرقبة، وهو أمر نادر الحصول عملاً بعد إلغاء الأوقاف الأهلية.

وتثبيت صفقة الشفعة فى المرتبة الخامسة للجار المالك فى الأحوال الآتية:

١- إذا كانت العقارات من المبانى أو من الأراضى المعدة للبناء سواء أكانت فى المدن أم فى القرى.

٢- إذا كان للأرض المبيعة حق ارتفاق على أرض الجار، أو كان حق الارتفاق لأرض الجار على الأرض المبيعة.

٣- إذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المبيعة من جهتين، وتساوى من القيمة نصف ثمن الأرض المبيعة على الأقل (م ٩٣٦ مدنى).

فبالنسبة للحالة الأولى فإنه يشترط التلاصق بين العقار المشفوع به والعقار المشفوع فيه فأصل غير مملوك للشفيع. فإذا فصل ما بين العقارين ترعة عامة أو مصرف عام أو طريق عام لم يتحقق التلاصق. أما إذا كانت الترعة أو المصرف أو الطريق مملوكاً للشفيع أو مملوكاً للبائع أو مشتركاً بينهما فإن التلاصق يتحقق. ولا يحول دون تحقق التلاصق فى هذه الحالة أن يكون للغير حق ارتفاق على الترعة أو المصرف أو الطريق. أما إذا كان الفاصل بين العقارين قطعة أرض مملوكة للغير أو مملوكة للبائع دون الشفيع ولم يشملها البيع فإن التلاصق لا يتحقق. أما إذا اقتطع البائع شريكاً من الأرض المبيعة ملاصقاً للعقار المشفوع به ممتداً على طول حدة المجاور يحتفظ بملكيته ولا يدخله فى البيع حتى يفصل به ما بين العقارين المشفوع به والمشفوع فيه أو يهبه للمشترى منعاً للشفعة أيضاً، فإن ذلك يعد تحايلاً غير جائز قانوناً، ويجوز للشفيع إثباته بجميع طرق الإثبات، ومتى كشف عن الحقيقة وجب الأخذ بها وإعطاء الشفيع حقه فى الأخذ بالشفعة.

ويكفى لتحقق التلاصق أن يكون قائماً بين العقارين بأى امتداد مهما كان صغيراً ولو كان بشبر واحد (وهو الرأى الغالب). ويكفى هذا التلاصق من جهة واحدة مادام العقار بناء أو أرضاً معدة للبناء تلاصقاً أفقياً عادة، ويجوز أن تكون الملاصقة رأسية، فيكون العقار المشفوع فيه ملاصقاً للعقار المشفوع فيه فى أعلاه أو فى أسفله، وهذا يتحقق فى ملكية الطبقات، فيجوز أن يشفع صاحب الطبقات فى الطبقة التى هى فوقه مباشرة وفى الطبقة التى هى تحته مباشرة، لأن طبقته ملاصقة لكل من هاتين الطبقتين: الطبقة الأعلى فى أسفلها والطبقة الأدنى فى أعلاها.

أما الحالة الثانية – وهى حالة الأراضى الزراعية – فيجب أن يكون هناك حق ارتفاق للأرض المشفوع على الأرض المشفوع بها، أو حق ارتفاق للأرض المشفوع بها على الأرض المشفوع فيها، فيترتب على الأخذ بالشفعة أن يزول حق الارتفاق (كحق الشرب – أو المجرى – أو الصرف أو المرور). فقد يكون مصدر حق الارتفاق الوصية أو تخصيص المالك الأصلى أو التقادم.

أما بالنسبة للحالة الثالثة للجوار – وهى ملاصقة أرض الجار الزراعية لأرض زراعية مبيعة من جهتين وتساوى من القيمة نصف ثمن الأرض المبيعة على الأقل – فالملاصقة من جهتين من شأنها أن توثق صلة الجوار بين الأرضين، فكما يجوز أن تكون الملاصقة من الشمال والشرق أو من الغرب والجنوب يجوز ان تكون من الشرق والغرب أو من الشمال والجنوب، وتكون الملاصقة فى كل من الحدين فى نقطة واحدة ولو بمقدار شبر واحد، فلا يلزم أن تكون بامتداد كاف لنصف الحد أو ثلثه. والملاصقة من جهتين ينظر فيها إلى أرض الشفيع لا إلى الأرض المبيعة.

أما كون أرض الشفيع لا تقل فى القيمة عن نصف ثمن الأرض المبيعة، فذلك للحد من المساومات والمضاربات.

والعبرة بقيمة أرض الشفيع وقت إبرام عقد البيع الذى يؤخذ فيه بالشفعة، لأن هذا هو الوقت الذى يجب أن تتوافر فيه شروط الأخذ بالشفعة، بما فيها قيمة أرض الشفيع، أما بالنسبة إلى الأرض المبيعة فالعبرة بالثمن الحقيقى الذى بيعت به ولو زاد على قيمة الأرض الحقيقية، لأن هذا هو صريح النص، ولأن هذا هو الثمن الذى يجب على الشفيع تقديمه للأخذ بالشفعة. أما مساحة الأرض المبيعة ومع ذلك تقل قيمتها عن نصف الثمن الذى اشتريت به الأرض المبيعة، فلا يجوز فى هذه الحالة الأخذ بالشفعة. وإذا كانت أرض الشفيع حصة شائعة فى أرض مجاورة للأرض المبيعة، فالعبرة بقيمة كل من الأرض الشائعة إذا طلب الشركاء الأخذ بالشفعة. أما إذا طلبها أحدها فالعبرة بقيمة حصة الشفيع الشائعة وحدها.

وحتى يستطيع الشفيع الأخذ بالشفعة، يجب أن تتوافر فيه الشروط الآتية:

(١) أن يكون مالكاً للعقار المشفوع به من وقت بيع العقار المشفوع فيه إلى وقت ثبوت حقه فى الشفعة.

(٢) أن يكون متوافراً على الأهلية الواجبة.

(٣) أن يكون غير ممنوع من شراء العقار المشفوع فيه.

(٤) ألا يكون وقفاً.

فبالنسبة للشرط الأول – يجب أن تكون ملكية الشفيع للعقار المشفوع به سابقاً على البيع الذى يأخذ فيه بالشفعة، وأن يكون البيع سند ملكيته مسجلاً، وإن لم يكن مسجلاً فلا تجوز الشفعة.

ولا شفعة إذا كان سند الشفيع فى ملكية العقار المشفوع به بيعاً معلقاً على شرط واقف ولو سجل، لأن ملكيته تكون موقوفة. ولكن يجوز الأخذ بالشفعة إذا كان سند

ملكية الشفيع للعقار المشفوع به إلى الشفيع معلقاً على شرط فاسخ، والملكية المعلقة على شرط فاسخ بخلاف الملكية المعلقة على شرط واقف ملكية قائمة تجوز الشفعة به ملكية شائعة وكان الجوار هو سبب الأخذ بالشفعة، يجوز ذلك للشركاء على الشيوع جميعاً ولأى منهم أيضاً استناداً إلى حصته الشائعة لأن الحصة الشائعة عقار مملوك لصاحب هذه الحصة وتجوز الشفعة به. وإذا أخذ مالك الحصة الشائعة بالشفعة وثبت له الحق فيها فإن اقتسامه بعد ذلك العقار الشائع مع شراءه لا أثر له فى حقه الذى ثبت له فى الأخذ بالشفعة حتى لو كانت هذه الحصة الشائعة بعد إفرازها بالقسمة أصبحت غير ملاصقة للعقار المشفوع فيه ولا يعتد بالأمر الرجعى للقسمة فى نطاق الشفعة. ولكن إذا أفرزت الحصة الشائعة بالقسمة قبل ثبوت حق الشفيع فى الشفعة وأصبحت بعد الإفراز غير ملاصقة للعقار المشفوع فيه، فإن الحق فى الشفعة يسقط، لأن الملاصقة للعقار المشفوع فيه لم تستمر إلى وقت ثبوت الحق فى الشفعة.

كما يجوز الأخذ بالشفعة إذا كان سند ملكية الشفيع للعقار المشفوع به قابلاً للإبطال كما لو كان بيعاً صادراً من ناقص الأهلية أو مشوباً بيعت فى الرضا، فإن البيع القابل للإبطال إذا سجل ينتقل الملكية إلى الشفيع فتكون ملكية الشفيع للعقار المشفوع به قائمة وإن كانت معرضة للإبطال فتجوز الشفعة بها. وإذا ثبت حق الشفيع فى الشفعة فى هذه الحالة ثم أبطل عقد البيع سند ملكية الشفيع فإن الملكية تزول بأثر رجعى ولكن لا يكون لزوالها أثر فى الحق الذى يثبت للشفيع فى الشفعة وزالت ملكية الشفيع، فإن حقه فى الشفعة يسقط، لأن ملكيته للعقار المشفوع به لم تستمر إلى وقت ثبوت الحق فى الشفعة.

ويجب أن تتوافر فى الشفيع الأهلية الواجبة للأخذ بالشفعة، ولما كانت الشفعة من أعمال التصرف لا من أعمال الإدارة لأن الأخذ بالشفعة فى حكم الشراء للعقار المشفوع فيه، والشفيع إذ يحل بإرادته (أى بتصرفه القانونى) محل المشترى، فإن الأهلية الواجب توافرها فى الشفيع للأخذ بالشفعة هى أهلية التصرف ولا تكفى أهلية الإدارة. فإذا كان الشفيع كامل الأهلية (أى بالغاً سن الرشد، غير محجور عليه) توافرت فيه الأهلية الواجبة للأخذ بالشفعة، وجاز له أن يستغل بإعلان رغبته فى الأخذ بها، والوكيل وكالة عامة لا يجوز له الأخذ بالشفعة لأن وكالته مقصورة على أعمال الإدارة ولا بد من وكالة خاصة للأخذ بالشفعة (م ٧٠٢ مدنى) ولأب القاصر ووليه أن يأخذ بالشفعة نيابة عن القاصر دون استئذان المحكمة، أما من عداه من الجد والوصى والقيم فلهم الأخذ بالشفعة بشرط استئذان المحكمة.

وهناك أحوال لا تجوز فيها الشفعة إذا كان الشفيع ممنوعاً بحكم القانون من شراء العقار – هى:

أ- إذا زادت بالعقار المشفوع فيه ملكية الشفيع عن الحد الأقصى للملكية أو إذا تفرقت الصفقة على المشترى بهذه الزيادة.

ب- إذا اشترى النائب عن الغير فى بيع ملكه هذا المال لتعارض المصلحة الشخصية (م ٤٧٩ مدنى).

ج- إذا اشترى أو تعامل القضاة ووكلاء النيابة والمحامون وكتبة المحاكمن والمحضرون الحق المتنازع فيه كله أو باسمهم أو باسم مستعار (م ٤٧١ و٤٧٢ مدنى)[١].

٢- تثبت الشفعة – فى المرتبة الأولى – لمالك الرقبة إذا بيع كل حق الإنتفاع الملابس لها أو بعضه. والحكمة من إعطاء الشفعة فى هذه الحالة هى أنها تؤدى إلى جمع ما تفرق من عناصر الملكية.

وإذا كان حق الإنتفاع شائعاً وباع أحد الشركاء حصته فيه، فيثبت الشفعة لمالك الرقبة ولو كان البيع لأحد الشركاء الآخرين، إذ أن الشفعة تثبت كما يتضح من النص فى بعض حق الإنتفاع الملابس إذا بيع حق الإستعمال لمالك الرقبة عند بيع الإنتفاع، فهى تثبت له إذا بيع حق الإستعمال أو حق السكنى فى الأحوال التى يجوز فيها البيع.

وتثبت الشفعة للشريك فى الشيوع إذا بيعت حصة من العقار الشائع إلى أجنبى. والحكمة من تقرير الشفعة للشريك هى منع دخول أجنبى بين الشركاء، فالشفعة تؤدى إلى الحد من تعدد الشركاء وقد يترتب عليها إنهاء حالة الشيوع. ولا تجوز الشفعة لمن لا يعتبر شريكاً فى الشيوع وقت البيع فى العقار الذى بيع شئ منه. فلا تثبت الشفعة لمن اشترى حصة من أحد الشركاء بعقد غير مسجل، إذ قبل التسجيل لا تنتقل إليه ملكية الحصة التى اشتراها وبالتالى لا يعتبر شريكاً. كما لا تثبت الشفعة لمن اشترى من أحد الشركاء جزءاً مفرزاً ولو كان قد سجل العقد الذى اشترى به لأن بيع المفرز لا يترتب عليه أن يصبح المشترى شريكاً.

ولقد ثار الخلاف حول ما إذا كان للشريك فى حق الإنتفاع أن يشفع إذا باع أحد الشركاء حصة من حق الإنتفاع.

ففى رأى – أن الشريك فى حق الإنتفاع ليس له أن يشفع، لأن المادة ٩٣٦ مدنى خولت الشريك فى الشيوع حق الشفعة إذا بيع شئ من العقار الشائع إلى أجنبى، وعبارة النص – كما يقول أصحاب هذا الرأى – تفيد أن الشركة المقصودة هى الشركة فى ملكية العقار صراحة على حق المنتفع فى الشفعة إلا إذا بيعت الرقبة، وأن الشفعة بحسب الأصل لا تكون إلا طريقاً من طرق كسب الملكية، فلا تكسب الإنتفاع إلا استثناء والاستثناء يجب أن يكون صريحاً (مؤلف: الدكتور محمد كامل مرسى – جزء ٣ – ص ١٩٩، ومؤلف: الدكتور عبد المنعم البدراوى – ص ٤٣١).

وذهب رأى آخر – وهو الذى يفضله الدكتور منصور مصطفى منصور – أن الشريك فى الإنتفاع له أن يشفع لأن عبارة: "الشريك فى الشيوع" تصدق على الشيوع فى الإنتفاع، كما أن عبارة: "إذا بيع شئ من العقار الشائع" تصدق على بيع حصة من الإنتفاع، لأن حق الإنتفاع يعتبر عقاراً إذا كان وارداً على عقار، هذا، بالإضافة إلى أن الحكمة من إعطاء الشريك الشفعة تتوفر بالنسبة للشريك فى الإنتفاع، كما على الحال بالنسبة للشريك فى حق الملكية (الدكتور شفيق شحاته – ص ٢٦٠، والدكتور محمد على عرفه – جزء ٢ – ص ٤١٣، والدكتور عبد الفتاح عبد الباقى – ص٣٤٢، والدكتور اسماعيل غانم – جزء ٢ – ص ٢٦، والدكتور عبدالمنعم فرج الصده – ص ٤٠٦).

---

(١) الوسيط – ٩ – للدكتور عبدالرازق السنهورى – المرجع السابق – ص ٥٣٩ وما بعدها.

كما أثار الخلاف حول حق الشريك فى الشفعة إذا باع شريك آخر مفرزاً:

فذهب رأى – إلى أنه يجوز طلب الشفعة. وتتلخص حجج أنصار هذا الرأى فى أن بيع الجزء المفرز صحيح، ويترتب عليه أن يصبح المشترى شريكاً، كما أن نص المادة ٩٣٦ مدنى يثبت الشفعة للشريك فى الشيوع إذا بيع شئ من العقار الشائع. وهذا التعبير كما يصدق على بيع الحصة الشائعة يصدق على بيع الجزء المفرز. وأخيراً يقولان إن منع الشفعة فى هذه الحالة يؤدى إلى التحايل على أحكام الشفعة، إذ يستطيع الشريك الذى يريد البيع ويفوت على شركائه فرصة أخذ المبيع بالشفعة أن يبيع نصيبه مفرزاً(١).

وذهب رأى آخر(٢) – وهو الذى يفضله الدكتور منصور مصطفى منصور – أن الشفعة لا تجوز فى هذه الحالة فليس صحيحاً – كما رأينا من قبل – أن التصرف فى جزء مفرز يؤدى إلى أن يصبح المتصرف إليه شريكاً مع شركاء المتصرف. ومادام الأمر كذلك فتنتفى الحكمة من إعطاء باقى الشركاء الشفعة لأن الحكمة – كما رأينا – هى منع دخول الأجنبى بين الشركاء، ولهذا نجد المشرع يصرح فى المادة ٨٣٣ مدنى بخصوص حق الاسترداد أنه لا يجوز إلا عند بيع الحصة الشائعة، وليس هناك ما يبرر التفرقة فى هذا الخصوص به حق الاسترداد والشفعة لأن الحكمة منهما واحدة ولهذا نرى بالرغم من عموم نص المادة ٩٣٦ (ب) مدنى قصر الشفعة على حالة بيع حصة شائعة من العقار المملوك على الشيوع.

ولا تثبت الشفعة لصاحب الإنتفاع إلا فى الرقبة الملابسة لحقه كلها أو بعضها فإذا كانت الرقبة لشخص واحد، والإنتفاع لشخص واحد كذلك، وبيعت الرقبة كان لصاحب الإنتفاع أن يشفع فيها. وإذا كانت الرقبة شائعة بين عدة شركاء وباع أحدهم حصته فيها، كان لصاحب الإنتفاع أن يشفع أن الرقبة المبيعة هى بعض الحق الملابس لحق الإنتفاع. وإذا كان الإنتفاع شائعاً بين عدة شركاء وبيعت الرقبة كلها لأصحاب الإنتفاع مجتمعين أن يشفعوا حيث يكون استحقاق كل منهم على قدر نصيبه، ولكن ليس لكل واحد من أصحاب الإنتفاع أن يشفع فى كل الرقبة لأن حقه لا يلابس بعض المبيع.

وكما تثبت الشفعة لصاحب الإنتفاع إذا ما بيعت الرقبة، فهى تثبت كذلك لكل من صاحب حق الإستعمال وصاحب حق السكنى (م ٩٩٨ مدنى).

كما تثبت الشفعة لمالك الرقبة فى الحكر إذا بيع حق الحكر وللمستحكر إذا بيعت الرقبة. والحكمة من تقرير الشفعة فى الحالتين هى جمع ما تفرق من عناصر الملكية فى يد واحدة. إلا أن الشفعة فى الحالتين نادرة(٣).

٣- لا يمكن أن يزاحم مالك الرقبة فى أخذه حق الإنتفاع بالشفعة شخص آخر، فلو تعدد المنتفعون وباع أحدهم نصيبه فى الإنتفاع لأجنبى، كان لمالك الرقبة وحدة –

---

(١) من أصحاب الرأى الأول: الدكتور محمد على عرفه – جزء ٢ – ص ٤١٢، والدكتور عبدالمنعم البدراوى – ص ٤٣٢، والدكتور عبدالفتاح عبدالباقى – ص ٣٤٤ و ٣٤٥.

(٢) ومن أصحاب الرأى الثانى: الدكتور شفيق شحاتة – ص ٢٥٩، والدكتور اسماعيل غانم – جزء ٢ – ص ٢٦ و ٢٧، والدكتور عبدالمنعم فرج الصده – ص ٤٠٧.

(٣) حق الملكية – للدكتور منصور مصطفى منصور – المرجع السابق – ص ٣٠٨ وما بعدها.

فى رأى البعض – أخذ هذا النصيب بالشفعة، ولم يكن لسائر الشركاء فى الإنتفاع حق طلب الشفعة. فالشريك فى الإنتفاع ليس له – فى رأيهم – حق طلب الشفعة إذا باع شريك نصيبه فى الإنتفاع.

أما عندما يرون أن الشريك فى الإنتفاع يكون له حق طلب الشفعة إذا باع شريكة فى الإنتفاع نصيبه، فإنه إذا تعدد المنتفعون وباع أحدهم نصيبه لأجنبى، فإن الشريك فى الإنتفاع يكون له حق طلب الشفعة، كما يكون لمالك الرقبة كذلك حق طلب الشفعة وعند التزاحم يفضل مالك الرقبة، لأن المادة ٩٣٦ مدنى قد جعلت مالك الرقبة متقدماً فى الترتيب على الشريك المشتاع.

وكذلك لا يمكن أن يزاحم مالك الرقبة جار ملاصق، إذ الجار الملاصق لا يستطيع أن يشفع فيما لو كان الذى انتقل إلى غيره من العقار المجاور هو مجرد حق إنتفاع: وإنما له يشفع فقط فى بيع ملكية العقار.

ولاحظ أن حق الشفعة يثبت لمالك الرقبة، سواء بيع حق الإنتفاع الملابس لها الأجنبى أو الشريك فى الإنتفاع.

يأتى بعد مالك الرقبة فى عداد الشفعاء: الشريك فى الشيوع إذا بيع شئ من العقار الشائع إلى أجنبى (م ٩٣٦ مدنى ب).

وقد ذهب قضاء النقض إلى أنه يعد شريكاً على الشيوع من تلقى جزءاً مفرزاً عن شريك مشتاع، فإذا باع شريك آخر حصته الشائعة فى العقار لم يكن لمشترى الجزء المفرز أن يطالب بالشفعة فى هذا البيع على أساس الاشتراك فى الشيوع (نقض – جلسة ١٩٥٠/١١/٣٠ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٢ – مدنى – ص ١٠٩، ونقض – جلسة ١٩٥٣/٢/٢٥ – المرجع السابق – السنة ٤ – ص ١١٧٨، ونقض – جلسة ١٩٥٩/١/١٥ – المرجع السابق – السنة ١٠ – ص ٤٣).

وقد جرى البحث فيما إذا كان يجوز للشريك المشتاع فى حق الإنتفاع أن يطلب الشفعة إذا نزل عن حقه فى الإنتفاع لأجنبى – ذهب البعض إلى أن عبارة الشريك فى الشيوع تشمل الشريك فى حق الإنتفاع، كما تشمل الشريك فى حق الملكية، لأن كليهما شريك فى العقار شريك فى العقار المبيع ولأن المصلحة فى استبعاد الأجنبى عند قيام حالة الشيوع متحققة فى حالة الإنتفاع كما هى متحققة فى حالة الملكية.

بينما ذهب رأى آخر إلى عدم إعطاء الشريك فى الإنتفاع الحق فى الشفعة.

وكان الدكتور البدراوى من هذا الرأى الثانى، ولكنه أصبح يميل الآن إلى الرأى الأول وهو الرأى السائد فى الفقه الآن، لأن عبارة الشريك فى الشيوع تشمل الشريك فى حق الإنتفاع كما تشمل الشريك فى حق الملكية، فكلاهما شريك فى العقار المبيع، والمصلحة فى استبعاد الأجنبى عند قيام حالة الشيوع متحققة فى حالة الإنتفاع كما هى متحققة فى حالة الملكية.

ولكن لو باع أحد الشركاء حصة مفرزة لأجنبى، فهل يستطيع سائر الشركاء المطالبة بالشفعة فيها؟

يذهب البعض إلى أنه لو باع الشريك حصة مفرزة من العين، فإن حق الشفعة لا يثبت للشريك على الشيوع فى هذه الصورة، وكل ما له هو أن يطلب فى هذه الحالة

قسمة العقار حتى إذا ما وقعت الحصة المفرزة بجوار حصته هو وتوافرت شروط الجوار التى نص عليها القانون كان له أن يشفع بصفته جاراً مالكاً فى الجزء المبيع وإلا فلا وبهذا حكمت بعض المحاكم ويؤيدها فى هذا القضاء بعض الشراح بقولهم إن الشفعة قد تقررت للشريك المشتاع الذى يريد التخلص من مشاركة الأجنبى له فى حقه. أما إذا استقر الحق فى حير معين، فإن طريق التخلص من صاحبه لا يكون إلا إذا توافرت شروط الجوار.

على أن بعض المحاكم الأخرى قضت بجواز الأخذ بالشفعة فى حالة بيع الحصة المفرزة، لأن البيع الواقع على التحديد (أى بيع الحصة مفرزة) لا يحتج به على سائر الشركاء، بل يعتبر صحيحاً فى الشيوع فقط إلا إذا أجازه سائر الشركاء، فالبيع على التحديد لا يمنع باقى الشركاء من إستعمال جميع الحقوق المخولة لهم قانوناً كحق الشفعة، ولو جاز غير ذلك لاستطاع كل شريك بطريق الغش والتدليس أن يبيع حصته المفرزة فيحرم باقى الشركاء حق، وهذا ما لا يجوز عقلاً أو قانوناً.

وهذا الرأى الثانى هو الذى مع تحليل الدكتور البدراوى للتصرف فى حصة مفرزة، ولذ فهو يؤيده، خصوصاً وأن نص المادة ٩٣٦/ب مدنى الذى يذكر من بين الشفعاء الشريك فى الشيوع لم يقصر حقه فى الأخذ بالشفعة على حالة بيع حصة شائعة فى العقار، بل هو يذكر بالحرف: "إذا بيع شئ من العقار الشائع إلى أجنبى". فالشريك على الشيوع له الأخذ بالشفعة متى بيع شئ من العقار الشائع إلى أجنبى، سواء أكان هذا الشئ المبيع حصة شائعة أو قدراً مفرزاً.

والراجح فى نظر الدكتور البدراوى أن الشفعة تجوز بالبناء ولو بيع مستقلاً عن الأرض القائم عليها، فلو بيعت الأرض مع البناء الذى عليها أو بيعت الأرض من غير البناء، أو بيع البناء من غير الأرض، فإنه يجوز للجار أن يطالب بالشفعة، ذلك لأنه بالنسبة للعقار المشفوع لم يحتم القانون أن يكون أرضاً، فقد جاء فى المادة ٩٣٦/ه- مدنى أن الشفعة تثبت للجار إذا كانت العقارات من المبانى أو من الأراضى المعدة للبناء، ولم يرد فيها ما يستفاد منه وجب أن يكون البناء تابعاً للأرض.

أما العقار المشفوع به – وهو عقار الشفيع – فإن القانون لم يخص نوعه، فالشفعة تثبت للجار المالك، والجار المالك قد يكون مالكاً لعقار من المبانى أو الأرض فيصح أن يكون طالب الشفعة مالكاً للبناء دون الأرض، وبناء على ذلك إذا بيع عقار، فإنه يجوز لكل من مالك الأرض المجاورة ولمالك البناء المجاور – إن لم تكن الأرض والبناء لمالك واحد – أن يطلبا الشفعة.

وعلى هذا الأساس قضت محكمة النقض بجلسة ١٢ يناير سنة ١٩٥٠ (نقض – مجموعة المكتب الفنى – السنة ١ – مدنى ص ١٦٦) بأن:

"عقد البيع غير المسجل يولد فى ذمة البائع التزاماً بتسليم المبيع، وبالوفاء به قد يصبح المبيع فى حيازة المشترى له أن ينتفع به بجميع وجوه الإنتفاع ومنها البناء على سبيل البقاء والقرار. ومتى أحدث المشترى بناء على الأرض المبيعة له يصبح هذا البناء عقاراً ملكاً له، ملكية مصدرها واقعة البناء على سبيل البقاء والقرار، ومن ثم يقوم به سبب الشفعة بوصفه جاراً مالكاً للبناء، ولا مخالفة فى ذلك لقانون التسجيل،

ذلك أن الشفيع مشترى الأرض بعقد غير مسجل لا يؤسس حقه فى طلب الشفعة على عقد شرائه، وإنما يقيمه على ملكية البناء استقلالاً عن الأرض.

كما لا مخالفة لأحكام الملكية بالإلتصاق قولاً بأن بائع الأرض يعتبر فى حكم القانون وبالنسبة للكافة هو وحده مالك البناء الذى أقامه المشترى الذى لم يسجل عقد شرائه، ذلك لأن القانون إذ يعتبر مالك الأرض مالكاً بفعل الإلتصاق إنما يقرر فى صالح مالك الأرض قرينة غير قاطعة قابلة لإثبات العكس، كما خول مالك الأرض لمستأجرها الحق فى إقامة المنشآت وتملكها فإنه فى هذه الحالة يعتبر مالكاً لما يقيمه من بناء على إعتبار أنه عقار. فمناط تطبيق قواعد الإلتصاق لا يكون ثمة إذن صريح أو ضمنى من مالك الأرض للغير بإحداث هذا البناء، فحيثما وجد اتفاق أو امتنع التحدى بقواعد الإلتصاق وفقاً لأحكام المادة ٦٥ من القانون المدنى القديم، ووجب إعتبار البناء عقاراً مستقلاً عن الأرض وملكاً خالصاً لمن أقامه. ولا نزاع فى أن البائع، وهو ملتزم بتسليم المبيع للمشترى وعدم التعرض له، إذا ما أوفى بهذا الالتزام، فقد نقل إلى المشترى حيازة المبيع، وكان لهذا الأخير أن ينتفع به وبكافة وجوه الإنتفاع ومنها البناء على سبيل البقاء والقرار".

لكن ما الحكم إذا احتفظ لنفسه بقطعة صغيرة من الأرض حتى يفوت على الجار إستعمال حقه فى الشفعة؟

وما الحكم إذا باع البائع أرضه إلا جزءاً فاصلاً بين العقارين وهبه للمشترى أيضاً ليفوت على الجار حق الشفعة؟

فى هاتين الحالتين ومثيلاتهما يستعمل البائع والمشترى بعض الحيل لإسقاط حق الشفعة، فهل تبقى الشفعة رغم ذلك؟

اختلفت المحاكم.

فذهب البعض منها إلى أن الشفعة حق ضعيف أى رخصة استثنائية، وأن الشرعيين أجازوا إستعمال الحيل فى إسقاطها، وهى لهذا ترى عدم جواز الشفعة فى هذه الحالات لانعدام الإلتصاق.

بينما ذهبت بعض المحاكم وخصوصاً المختلطة إلى أنه حيث يكون الجزء المتروك من الأرض المبيعة صغيراً بحيث لا يمكن الإنتفاع به، كان مسلك البائع تحايلاً منه على القانون، ومن ثم لا يمتنع الأخذ بالشفعة.

ويبدو أن الرأى الثانى – فى نظر الدكتور البدراوى – هو الرأى السليم، لأن الشفعة وقد أقرها القانون المدنى ونظمها فإنه لا يجوز التحايل على إسقاطها، وفضلاً عن ذلك فإن فقهاء الشريعة من أبطل الحيل لإسقاط الحق فى الشفعة، لوما كان التحايل غشاً فإنه يمكن إثباته بالبينة والقرائن. وهذا الرأى الآخر هو الذى أخذت به محكمة النقض (نقض – جلسة ١٩٥٣/٣/٢٦ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٤ – مدنى – ص ٦٧٨، وتنظر مؤلفات الدكاترة: كامل مرسى – جزء ٢ – ص ٢٤٢، وشفيق شحاته – فقه ٢٤٣، ومحمد على عرفه – جزء ٢ – فقرة ٢٤٩، ومنصور مصطفى منصور – فقرة ١٣٣، وعبد المنعم الصده – فقرة ٢٨٨، والسنهورى – ٩ – فقرة ١٨٥).

وذهبت بعض المحاكم إلى أن التلاصق لا يكون متحققاً إلا إذا كان ممتداً بقدر كاف، كأن يمتد لنصف الحد أو ثلثه مثلاً، وأن القاضى هو الذى يقدر ما إذا كان التلاصق على امتداد كاف لتبرير الشفعة وأن الإلتصاق بين المالكين فى أجزاء يسيرة أو فى بعض النقط لا يعتبر تلاصقاً بالمعنى القانونى (ينظر فى هذا الرأى مؤلفات الدكاترة كامل مرسى – ٢ – فقرة ٢٢٣، وشفيق شحاته – ص ٢٥٩).

أما محكمة النقض فقد قضت بأنه: لا يشترط أن يكون التلاصق على امتداد كاف، ذلك أن الشارع قد استمد شفعة الجوار من فقه الحنفية، والرأى فى هذا المذهب هو أن التلاصق ولو بشبر واحد يكفى (نقض – جلسة ١٩٥٤/٤/١ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٥ – مدنى – ص ٣٧٤، ومن هذا الرأى الدكاترة: عبدالفتاح عبدالباقى – ص ٣٤٨، واسماعيل غانم – ص ٧١، ومنصور مصطفى منصور – فقرة ١٣٣، والسنهورى – ص ٥٦٨، وعبدالمنعم الصده – فقرة ٢٨٨).

ويشترط أن يثبت الشفيع أن التلاصق كان قائماً عند البيع واستمر قائم إلى حين طلب الشفعة. ولما كان التلاصق واقعة مادية فإنه يمكن إثبات التلاصق بكافة الطرق[١].

٤– الأصل هو حرية التعاقد، والاستثناء هو إجبار البائع على التعاقد مع غير من اختاره، ويتحقق هذا الاستثناء إذا ما توافر سبب من أسباب الأخذ بالشفعة التى حددتها المادة ٩٣٦ من القانون المدنى – فحق الأخذ بالشفعة يثبت:

(أ) كمالك الرقبة – إذا بيع حق الإنتفاع الملابس لها أو بعضه.

(ب) لشريك فى الشيوع – إذا بيع شئ من العقار الشائع إلى أجنبى.

(ج) لصاحب حق الإنتفاع – إذا بيعت كل الرقبة الملابسة لهذا الحق أو بعضها.

(د) لمالك الرقبة فى الحكر إذا بيع حق الحكر، وللمستحكر إذا بيعت الرقبة.

(هـ) للجار المالك – فى الأحوال الآتية:

١– إذا كانت العقارات من المبانى أو من الأراضى المعدة للبناء سواء أكانت العقارات فى المدن أو فى القرى.

٢– إذا كان للأراضى المبيعة حق ارتفاق على أرض الجار، أو كان حق الارتفاق لأرض الجار على الأرض المبيعة.

٣– إذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المبيعة من جهتين وتساوى من القيمة نصف ثمن الأرض المبيعة على الأقل.

ويعتبر الجوار سبباً من أسباب الأخذ بالشفعة، وقد نصت على هذا الحكم صراحة الفقرة الأخيرة من المادة ٩٣٦ مدنى.

أما أئمة المسلمين فقد اختلفوا فى إعتبار الجوار أو عدم إعتباره سبباً من أسباب الأخذ بالشفعة – فذهب البعض منهم إلى إعتباره سبباً من أسباب الأخذ بها، وذهب البعض الآخر إلى عدم إعتباره كذلك.

---

(١) حق الملكية – للدكتور عبدالمنعم البدراوى – ص ٣٣٥ وما بعدها.

وكانت حجج القائلين بالشفعة بسبب الجوار:

(١) منع المضايقة التى قد تصيب الجار إذا لم يكن له أن يأخذ بالشفعة.

فإذا كان للشريك على الشيوع أن يشفع إذا باع شريكه حصة شائعة فى العقار المملوك لها على الشيوع منعاً لمضايقته فليس هناك ما يمنع من عدم تقرير الشفعة بسبب الجوار، فالعلة واحدة فى الحالتين.

(٢) ما أوصى به رسول الله صلى الله عليه وسلم من إكرام الجار ورعايته.

(٣) عن الشويد بن سويد قال: قلت يا رسول الله أرض ليست لأحد فيها شريك ولا قسم إلا الجوار. فقال: "الجار أحق بشفعة ما كان".

وقد اختلف الشروح فى تفسير معنى هذا الحديث. فقال النبوى: ليس فى هذا الحديث ذكر الشفعة، فيحتمل أن يكون المراد به الشفعة، وقد يكون المراد به أن الجار أحق بالبر والرعاية فقط. وقال آخرون: إن قوله: أحق بشفعة "المراد بها الشفعة بالجوار، إذ الشفعة تعنى القرب.

(٤) وعن عطاء بن جابر قال: قال النبى صلى الله عليه وسلم: "الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها وإن كان غائباً إذا كان طريقهما واحدا". فلابد من اتحاد الطريق بثبوت الشفعة وليس الجوار وحده (الدكتور كامل مرسى – المرجع السابق – ص ١٦٧ هامش ١١).

ومن مجمل هذه الأدلة ذهب أبو حنيفة وأهل العراق إلى القول بجواز الشفعة بسبب الجوار وإعتباره سبباً من أسباب الأخذ بالشفعة.

أما حجج المنكرين للشفعة بسبب الجوار:

(١) عن جابر أن النبى صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة فى كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا قسمة.

(٢) وعن جابر أيضاً أن النبى صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة فى كل شركة لم تقسم، ربعه أو حائطاً لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فإن شاء أخذ وإن شاء ترك، فإن باعه ولم يؤذن فهو أحق به.

فالشفعة فى معنى هذين الحديثين تثبت فى كل شئ لم يقسم، فإذا حصلت القسمة فلا شفعة. وإذا كان الجوار سبباً من أسباب الأخذ بالشفعة لأمكن الاستناد إليه للأخذ بها ولو بعد القسمة. ومادام الجوار ليس سبباً فى نظر هؤلاء للأخذ بالشفعة، فالشفعة لا تكون إلا فى كل شركة لم تقسم.

ولقد ذهب المالكية إلى عدم إعتبار الجوار سبباً من أسباب الأخذ بالشفعة وعنهم أخذت بعض التشريعات العربية ومنها القانون الليبى.

أما القانون المصرى فقد اعتد بالجوار وجعله سبباً من أسباب الأخذ بالشفعة[١].

٥- الشفعة حق ومصدر من مصادر الحقوق العينية حيث تعتبر سبباً لكسب الملكية والإنتفاع والحكر فى بعض القوانين وهى لا تكون إلا فى العقار باتفاق كل القوانين الوضعية.

---

(١) الحقوق العينية الأصلية – للدكتور محمد على عمران – المرجع السابق – ص ١٠٦ وما بعدها.

غير أن هناك رأياً آخر يقول بأن الشفعة ليست أحد أسباب كسب الملكية المستقل عن الأسباب الأخرى، وذلك يعود إلى أن كلا من أسباب الملكية سبب مباشر بنفسه لكسب الملكية. أما الشفعة فهى ليست كذلك، لأنها فى الحقيقة حلول شخص مكان مشترى العقار المبيع، فهو إنما يملكه بسبب العقد الذى يبرم بين مالك العقار ومشتريه وليس بسبب عقد جديد إذا نفذ البيع ثبت، وإن بطل أو فسخ زال، وبهذا قالوا إن ا لبيع ينقض بالشفعة، وتتحول الصفقة من المشترى إلى الشفيع، وأن الأخذ بالشفعة من حقوق البيع، وأن الشفيع إنما يأخذ بما وجب بالعقد لا بما أعطى، وقد عرفوا الشفعة بأنها تمليك بمثل ما تملك به المشترى.

لقد استمد المشرع السودانى والعربى نظام الشفعة من الشريعة الإسلامية كما أسلفنا، وهذه الشريعة هى المصدر المادى والتاريخى لنصوص الشفعة، وتلجأ المحاكم فى تفسير نصوص القانون إلى الفقه الإسلامى وبخاصة الفقه الحنفى فى السودان، كما أنها تلجأ إلى العرف فى حالة عدم وجود نص تشريعى أو حكم فقهى بشرط أن يكون العرف سليماً ومعقولاً ولا يتعارض مع النظام العام والدين والأخلاق والقانون.

والشفعة كحق أو رخصة – إذ تؤدى إلى تمليك العقار المبيع للشفيع جبراً عن المشترى، تعتبر قيداً على حرية التصرف – غير أنه دفعاً لضرر متوقع للشفيع بسبب اتصال ملكه بالعقار المبيع. وقد أثار إبقاء الشفعة سبباً لكسب الملكية مناقشات طويلة فى مصر وغيرها من الدول العربية، ولكن استقر.

الرأى على إبقائها لإعتبارات تاريخية، لأن هذا النظام قد أصبح جزءاً من التقاليد القانونية للبلاد، هذا إلى ما للشفعة من فائدة فى جمع ما تفرق من حق الملكية كضم الإنتفاع إلى الرقبة من طريق الأخذ بالشفعة فى مصر مثلاً.

وإذا ألقينا نظرة على القوانين المدنية العربية نجد أن القوانين المصرية والسودانية والليبية واللبنانية والعراقية أخذت بنظام الشفعة، أما القانون السورى فلم يأخذ بهذا النظام[1].

٦- اختلف فقهاء الشريعة فيمن يأخذ بالشفعة، فقال الحنفية أنها تثبت للشريك والخليط والجار. وقال الشافعية إنها لا تثبت إلا للشريك فى العقار. وسند الحنفية أن السبب الذى تقوم عليه الشفعة هو منع الأذى ومنع احتمال الضرر بالأجنبى وذلك يقع بالجوار والخلطة فى حقوق العقار مثل ما يقع بالشفعة فى العقار نفسه، وقد وردت الأحاديث الخاصة بالشفعة تعلقه بالجار كما تقدم. أما الشافعية وغيرهم من الفقهاء فيوردون أحاديث أخرى تؤيدهم فى قصر الشفعة على الشريك فى العقار خاصة، ومن ذلك قوله صلى الله عليه وسلم: "الشفعة فيما لم يقسم".

وقد أخذ القانون بالشفعة لثلاثة أشخاص:

الشريك فى العقار الشائع، والخليط فى حق ارتفاق العقار، والجار الملاصق. فسبب الشفعة على هذا هو اتصال العقار المبيع وهو المشفوع بالعقار المشفوع به

(١) قوانين الملكية العقارية فى السودان – للدكتور سعيد محمد المهدى – المرجع السابق – ص ٧٨ وما بعدها.

اتصال شركة أو اتصال خلطة أو جوار (انظر: بدائع الصنائع – ج٥ – ص ١١)، وذلك كما أخذ به القانون المصرى فى المادة ٩٣٦، ولكنه زاد على هذه الأسباب الثلاثة ما يأتى:

١– مالك الرقبة إذا بيع كل حق الإنتفاع الملابس لها أو بعده.

٢– صاحب حق الإنتفاع إذا بيعت كل الرقبة الملابسة لهذا الحق أو بعضها.

٣– مالك الرقبة فى الحكر إذا بيع حق الحكر والمستحكر إذا بيعت الرقبة.وقد خالف القانون المصرى فى هذه الأسباب قواعد الشريعة من حيث الظاهر. ولكنه حقق ما قصد إليه التشريع الإسلامى وهو إزالة الضرر والمضارة بين الشريكين ورفع أسباب النزاع ثم جمع الملكية المتفرقة فى ملكية واحدة ليتحقق الدافع إلى الإعمار وحسن الاستغلال، وذلك يتوافر فى مالك الرقبة يشفع فى حق الإنتفاع بملكه، فيحل فيه محل الأجنبى فتتحد ملكيته للرقبة والإنتفاع معاً، كما يتوافر فى صاحب حق الإنتفاع إذا باع مالك الرقبة عقاره فتتحد الملكية فى شخص المنتفع، أما فى حالة الحكر، وهو عقد إيجار يقصد استبقاء الأرض للبناء والغراس أو لأحدهما، فإن فيه الشفعة لكل من مالك الأرض، المحتكر، المستأجر) على النحو الذى يجوز بين المنتفع ومالك الرقبة إنهاء لحالة الحكر الدائم على الأرض وهى حالة غير مرغوب فى بقائها.ولم يأخذ القانون العراقى بهذه الأسباب لأن الحالات التى تقابلها فى العراق إنما تتحقق غالباً فى الأراضى الأميرية فتنتفى الحالتان الأولى وفى الأراضى الموقوفة فتنتفى الحالة الثالثة، ولكل من هذه الأنواع الثلاثة فى القانون العراقى قواعده الخاصة المشرعة فى قوانين الأراضى قبل نفاذ القانون المدنى الجديد وفى مكان آخر من هذا القانون بعد نفاذه[1].

من أحكام القضاء الحديثة:

١– بيع البناء على سبيل القرار استقلالاً عن الأرض هو بيع عقار، ويجوز للشريك فى البناء أخذ الحصة المبيعة فيه بالشفعة طبقاً لما تنص عليه المادة ٩٣٦ (ب) مدنى من أن الحق فى الشفعة يثبت للشريك فى الشيوع إذا بيع شئ من العقار الشائع إلى أجنبى – لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وقرر أن الطاعنة لا تملك فى المبانى التى أقيمت على الأرض لأنها مملوكة للدولة صاحبة الأرض طبقاً لأحكام الإلتصاق ورتب على ذلك قضاؤه بعدم قبول دعوى الطاعنة بأحقيتها فى أخذ الحصة المبيعة فى هذه المبانى بالشفعة، فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون.

(نقض – جلسة ١٩٧٥/٦/١٧ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٢٦ – مدنى – ص ١٢١٦)

٢– الشريك فى معنى المادة ٩٣٦ (ب) مدنى هو المالك على الشيوع وإذ كان أثر التسجيل فى نقل الملكية – وعلى ما جرى به قضاء النقض – لا يترتب إلا من تاريخ حصوله دون أن يرتد إلى تاريخ سابق عليه، فإن المشترى لا يكون مالكاً إلا بتسجيل عقده. وإذ كان الحكم المطعون فيه لم يعتبر الطاعنة شريكة على الشيوع فى

(١) الملكية العقارية فى العراق – للأستاذ حامد مصطفى – الجزء ١ – ص ٢٠٨ وما بعدها.

العقار المشفوع فيه استناداً إلى أن تسجيل الحكم بصحة العقد الصادر إليها لا حق لعقد البيع الذى تولدت عنه الشفعة فإنه لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون.

(نقض – جلسة ١٩٧٥/١١/٢٧ – المرجع السابق – ص ١٥١٥)

٣– السلف المشترك هو من يتصرف فى عين تكون هى بذاتها محل تصرف منه لآخر – وإذا كان العقار الذى آل إلى الشفيع (الطاعن) من المطعون عليهما الثانية والثالثة بموجب العقد المؤرخ ١٩٦٧/٧/١١ يغاير العقد الذى تلقاه المشفوع منه (المطعون عليه الأول) من ذات البائعين، فإن الحكم إذ اعتبر هاتين الأخيرتين سلفاً مشتركاً ورتب على ذلك عدم جواز احتجاج الشفيع قبل المشفوع منه بضم مدة حيازة سلفة لمدة حيازته على الشيوع قد أخطأ فى تطبيق القانون.

(نقض – جلسة ١٩٧٨/٦/٢٧ – المرجع السابق – السنة ٢٩ – ص ١٥٧٠)

٤– المالك على الشيوع يملك بقدر نصيبه فى كل ذرة من العقار المشاع، ومن ثم فإنه يجوز له أن يطلب الشفعة فى العقار المجاور ولو لم يشترك معه فى طلبها باقى شركائه فى الملك ولا يؤثر فى ذلك احتمال أن تسفر القسمة فيما بعد على حرمانه من الجزء المجاور للعقار المشفوع فيه لأن القانون إنما يشترك أن يكون الشفيع مالكاً لما يشفع به وقت بيع العقار المشفوع فيه وأن يبقى مالكاً لحين الأخذ بالشفعة وبقاء الجوار ليس شرطاً لبقاء الاستحقاق.

(نقض – جلسة ١٩٧٩/٣/٥ – المرجع السابق – السنة ٣٠ – ص ٢٦١)

٥– إذ نصت المادة ٩٣٦/ مدنى على حالات ثبوت الحق فى الشفعة للجار المالك، قد دلت على أنه يكفى للأخذ بالشفعة فى الحالة الأولى حيث يكون العقاران المشفوع فيه من المبانى أو من الأرض المعدة للبناء أن يكونا متجاورين أى متلاصقين من جهة واحدة دون أى شرط آخر، ومن ثم لا يثبت الحق فى الشفعة للجار المالك لأرض زراعية إذا كان العقار المجاور المبيع من المبانى أو من الأراضى المعدة للبناء، وذلك أن الأراضى غير المعدة للبناء لا يكفى فيها للأخذ بالشفعة مجرد التلاصق، بل يجب أن يكون للأرض أو عليها حق ارتفاق أو يكون التلاصق من جهتين مع اشتراط قيمة معينة للعقار المشفوع به كما هو الحال فى الحالتين الثانية والثالثة من المادة ٩٣٦/ه مدنى سالفة البيان.

(نقض – جلسة ١٩٨٠/٤/١٥ – المرجع السابق – السنة ٣١ – ص ١١٣٢)

٦– مفاد نص المادة ٩٣٦ مدنى أنه يجب لقيام حق الجار فى الأخذ بالشفعة – وعلى ما جرى به قضاء النقض – أن تكون الأرض المشفوع بها والأرض المشفوع فيها متلاصقتين وأن يكون لأى من الأرضين حق ارتفاق على الأخرى بحيث يترتب على الأخذ بالشفعة أن يزول حق الارتفاق فى الأرضين – لما كان ذلك فإن تمسك الطاعن بملكيته للعقار للمسقاة لا يجديه فى القول بتوافر شروط الشفيع فيه، إذ أن ملكية المسقاة وحدها لا تتحقق بها صفة الجوار المثبتة للحق فى الشفعة.

(نقض – جلسة ١٩٨٠/٥/٢٨ – المرجع السابق – ص ١٩٤٥)

٧- التمسك بأن ملكية الطعون ضده للعقار المشفوع به مفرزة وليست شائعة، دفاع يخالطه واقع، عدم جواز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض.

(نقض – جلسة ١٩٨١/٢/١٨ – الطعن ١٠٤٢ لسنة ٤٧ق – لم ينشر بعد)

٨- حق الارتفاق، ماهيته، قيامه سبباً للأخذ بالشفعة، شرطه، أن يقع على عاتق الأرض المشفوع فيها أو المشفوع بها ويخدم الأخرى، عدم كفاية اشتراك الأرضين فى الاستفادة من حق ارتفاق لا يثقل أحدهما.

(نقض – جلسة ١٩٨١/٦/٣ – الطعن ١٧٢٣ لسنة ٥٠ق – لم ينشر بعد)

٩- مؤدى نص المادة ٩٣٦ مدنى يدل على أن الشارع إنما أراد أن يجعل العبرة فى تقرير الأخذ بالشفعة بمجاورة أرض الجار الشفيع من جهتين من جهتها للأرض المشفوع فيها، إذ أسند التلاصق بالشروط التى ذكرها إلى أرض الجار ولما كان التلاصق من جهتين وضعا وارداً على أرض الشفيع بصيغة المفرد كان هذا الوصف لا يتوافر إذا كان الشفيع يجاور الأرض المشفوع فيها بقطعتين منفصلتين يملك كل منهما فى إحدى جهات هذه الأرض إذ أن المشرع مركز اهتمامه فى تحديد أوصاف أرض الشفيع دون الأرض المشفوع فيها مما يقتضى القول بأن ملاصقة هذه الأرض بقطعتين لا يؤدى إلى ثبوت الشفعة فيها لمالكها، ذلك لأن الشفيع إنما يستند فى شفعته فى هذا الفرض إلى عقارين منفصلين فلا يصدق على أى منهما وصف المجاورة من جهتين.

(نقض – جلسة ١٩٨٢/٣/٢ – الطعن ٤٠٥ لسنة ٥١ق – لم ينشر بعد)

١٠- الأخذ بالشفعة على أساس الشيوع، شرطه أن يكون الشفيع مالكاً الحصة الشائعة وقت بيع العقار الذى يشفع فيه.

(نقض – جلسة ١٩٨٢/٢/٢٣ – الطعن ١٥٣٨ لسنة ٤٨ق – لم ينشر بعد)

١١- بيع المالك على الشيوع حصة مفرزة لأجنبى، بيع صحيح معلق على نتيجة القسمة أو إجازة باقى الشركاء، إعتباره فى حكم التصرف فى قدر شائع بالنسبة لهم، حقهم فى أخذ الحصة المبيعة بالشفعة.

(نقض – جلسة ١٩٨٢/٣/١٤ – الطعن ٧٨٤ لسنة ٤٧ق – لم ينشر بعد)

١٢- وورود اسم الشفيع فى عقد البيع جاراً للعقار المشفوع فيه، عدم صلاحيته دليلاً على ملكيته للعقار المجاور المشفوع به.ملكية الشفيع للعقار المشفوع به وقت البيع شرط لقبول الشفعة، التزام المحكمة بالتثبيت من هذه الملكية بدليل يصلح قانوناً لإثباتها.

(نقض – جلسة ١٩٨٤/٢/٩ – الطعن ١٣٨٢ لسنة ٥٣ق – لم ينشر بعد)

١٣- النص فى المادة ٩٣٦/ه- مدنى على أن: "يثبت الحق فى الشفعة للشريك فى الشيوع إذا بيع شئ من العقار الشائع إلى أجنبى"، يدل – وعلى ما جرى به قضاء النقض – أن للشريك فى الشيوع حق الأخذ بالشفعة إذا بيع شئ من العقار الشائع إلى أجنبى، سواء أكان هذا الشئ المبيع حصة شائعة أم جزءاً مفرزاً فى العقار الشائع، إذ

المناط فى ذلك هو قيام حالة الشيوع فى العقار الذى بيع مفرزاً من دون اعتداد لما إذا كان هذا القدر مفرزاً أو شائعاً.

(نقض – جلسة ١٩٨٥/٥/٢٦ – الطعن ٢٦٤ لسنة ٥١ق – لم ينشر بعد)

١٤– المقرر – وعلى ما جرى به قضاء النقض – أن الشفعة لا تجوز قيام التحايل لإسقاط حق الشفيع هو من مسائل الواقع التى يستقل بها قاضى الموضوع.

(نقض – جلسة ١٩٨٥/٣/١٩ – الطعن ٧٨٢ لسنة ٥١ق – لم ينشر بعد)

١٥ – إشتراك الغير في حق الإرتفاق المقرر للأرض المشفوع فيها أو الأرض المشفوع بها لا يمنع الشفيع من التمسك بطلب الشفعة طالما لم يشترط – أن يكون هذا الحق مخصصاً لإحداهما على الأخرى. وجود حق إرتفاق للغير على أرض المروي. لا يخرج هذه الأرض عن ملكية صاحب العقار المشفوع به.

إذ كان الحكم المطعون فيه قد إستند في قضائه بأحقية المطعون ضدهم الأربعة الأول في أخذ أرض النزاع بالشفعة إلى ما ورد في تقرير الخبير الذى ندبته محكمة الإستئناف من أن الأرض المشفوع فيها زراعية وأن لها حق إرتفاق بالري على الأرض المشفوع بها الملاصقة لها، مما يسوغ طلب الأخذ بالشفعة طبقاً لنص البند الثاني من الفقرة "هـ" من المادة ٩٣٦ من القانون المدني الذى يجعل حق الإرتفاق سبباً للأخذ بالشفعة إذا تعلق بالأرض المبيعة أو بأرض الجار، فمن ثم يكون الحكم فيما إنتهى إليه سديداً، ولا ينال منه إغفاله الرد على دفاع الطاعنين – بأن حق الإرتفاق بالري على الأرض المشفوع بها ليس قاصراً على الأرض المشفوع فيها بل تشتر فيه أراضى أخرى مما لا يجوز معه طلب الشفعة – إذ لا عبرة بإشتراك الغير في حق الإرتفاق المقرر للأرض المشفوع فيها أو الأرض المشفوع بها على الأخرى في تمسك الشفيع بطلب الشفعة طالما أن القانون لم يشترط أن يكون هذا الحق مخصصاً لإحداهما على الأخرى وحدها. هذا إلى أن وجود حق إرتفاق للغير على أرض المروى لا يخرج هذه الأرض عن ملكية صاحب العقار المشفوع به بل تظل جزءاً من هذا العقار، إذا فمتى كان هذا الدفاع لا يستند إلى أساس قانوني صحيح وليس من شأنه تغيير وجه الرأي في الدعوى فإن إغفال الحكم الرد عليه لا يعد قصوراً مبطلاً له. ويكون النعى بهذا الخصوص على غير أساس.

(الطعن ٥٩٣ لسنة ٥٥ق – جلسة ١٩٩٠/١/٤ س٤١ ص١٢٠)

١٦ – مفاد النص في المادة ٩٣٦/ه– من القانون المدني على أن للجار المالك أن يطلب الشفعة إذا كان للأرض المبيعة حق إرتفاق على أرض الجار أو كان حق الإرتفاق لأرض الجار على الأرض المبيعة أن المشرع لم يشترط للأخذ بالشفعة أن يزول حق الإرتفاق بين العقارين إذا إجتمعا في يد واحدة هي يد الشفيع وأن يزول هذا الحق في الوقت ذاته بالنسبة للعقارات الأخرى التى تشترك فيه، فزوال – هذا الحق كلية – ليس شرطاً من شروط الأخذ بالشفعة وقد إستهدف المشرع من ذلك تحرير العقارين من رقة الإرتفاق ولو جزئياً بإجتماعهما في يد واحدة ما يتأدى إلى علاج أسباب النزاع عند تعدد الملاك.

(الطعن ٤٢٨ لسنة ٥٥ق جلسة ١٩٩١/٥/٢٩ س٤٢ ص١٢٣٩)

١٧ – بيع الشريك المشتاع حصته مفرزة لأجنبي. بيع صحيح معلق على نتيجة القسمة أو إجازة باقى الشركاء. إعتباره. في حكم التصرف في قدر شائع بالنسبة لهم. أثره. ثبوت حقهم في أخذ الحصة المبيعة. المادتان ٨٢٦، ٩٣٦ مدني.

مؤدى نص المادتان ٨٢٦، ٩٣٦ من القانون المدني أن للمالك على المشيوع أن يبيع ملكه محدداً مفرزاً ويقع البيع صحيحاً وإن كانت حالة التحديد هذه تظل معلقة على نتيجة القسمة أو إجازة الشركاء في الشيوع، ومتى كان هذا البيع صحيحاً وصدر لأجنبي وكان الإضرار الذى تحدد به محل البيع لا يحاج به سائر الشركاء في الشيوع طالما لم تتم القسمة قضاء أو رضاء مما يعتبر معه هذا التصرف بالنسبة لهم في حكم التصرف في قدر شائع فإنه ينبنى على هذا أن يثبت لهم حق الأخذ بالشفعة في ذلك البيع وفقاً لصريح عبارة النص في المادة ٩٣٦ من القانون المدني

(**الطعن ٩٢٣ لسنة ٥٩ق – جلسة ١٩٩٤/١/١٩ س٤٥ ص٢٠٣**)

١٨ – ليس للشريك في الشيوع الأخذ بالشفعة في حصة شائعة مبيعة لمشتر شريك على الشيوع توافرت في وقت الشراء الشروط التى تجعله شفيعاً. مشترى الحصة الشائعة الشريك على الشيوع يفضل الشفيع الشريك على الشيوع. المادتان ٩٣٦/ب، ٣/٩٣٧ مدني.

مؤدى نص المادتين ٩٣٦/ب / ٣/٩٣٧ من القانون المدني – أنه لا يجوز للشريك في الشيوع الأخذ بالشفعة في حصة شائعة مبيعة لمشترى توافرت فيه وقت الشراء شروط الأخذ بالشفعة في العقار الذى إشتراه لأنه في هذه الحالة يفضل على الشفعاء الذين هم من طبقته أو من طبقة أدني فإذا كان المشترى للحصة الشائعة هو نفسه شريك على الشيوع فضل على شفيع هو مثله شريك في الشيوع أي من طبقته.

(**الطعن ١٨٣٧ لسنة ٦٠ق – جلسة ١٩٩٥/٣/٢٩ س٤٦ ص٥٥٤**)

١٩ – الأخذ بالشفعة. مناطه. ألا يقوم مانع من موانعها أو يتخلف شرط من شروطها أو يتحقق سبب من أسباب سقوطها.

مناط الأخذ بالشفعة في جميع الأحوال ألا يقوم مانع من موانعها أو يتخلف شرط من شروطها، أو يتحقق سبب من أسباب سقوطها.

(**الطعن ٦٩٠٨ لسنة ٦٦ق – جلسة ١٩٩٧/١١/٣٠ – س٤٨ ص١٣٧٤**)

٢٠– إن الشريك هو المالك على الشيوع في معنى المادة ٩٣٦/ب..... (من القانون المدني) ولا يكون المشتري مالكاً إلا بتسجيل عقده، ومن وقت التسجيل لا قبله.

(**الطعن رقم ٢٨٦١ ـ لسنة ٧٠ ق ـ تاريخ الجلسة ١٤ / ١١ / ٢٠٠١**)

٢١– المقرر – في قضاء هذه المحكمة – تطبيقاً لأحكام المادتين ٩٣٥، ٩٣٦ من القانون المدني – أن ملكية الشفيع للعقار المشفوع به وقت إبرام البيع المشفوع فيه، شرط لقبول دعواه بالشفعة، وأنه يتعين على محكمة الموضوع أن تتثبت من هذه الملكية بدليل يصلح قانوناً لإثباتها، وهي إذ تفعل ذلك من تلقاء نفسها، إنما تمارس واجبها في بحث شروط الشفعة التي يتطلبها القانون ومدى انطباقها على الوقائع التي ثبتت لديها تمهيداً لإنزال حكمه الصحيح على الدعوى.

(**الطعن رقم ٢٨٦١ ـ لسنة ٧٠ ق ـ تاريخ الجلسة ١٤ / ١١ / ٢٠٠١**)

٢٢- مؤدى نص المادتين ٨٢٦، ٩٣٦ من القانون المدني أن للمالك على الشيوع أن يبيع ملكه محدداً مفرزاً ويقع البيع صحيحاً وإن كانت حالة التحديد هذه تظل معلقة على نتيجة القسمة أو إجازة الشركاء في الشيوع فإذا تصرف أحد الشركاء المشتاعين في جزء مفرز من العقار الشائع وتمت القسمة بعد ذلك بين الشركاء فإن القسمة تكون حجة على المشتري ولو لم يكن طرفاً فيها ويترتب عليها في حقه ما يترتب عليها في حق المتقاسمين من إنهاء حالة الشيوع واعتبار كل متقاسم مالكاً للجزء المفرز الذي وقع في نصيبه ويتحدد بهذه القسمة مصير التصرف الصادر إليه فإذا وقع القدر المفرز المبيع له في نصيب الشريك البائع له خلص له هذا القدر وإن لم يقع انتقل حقه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى البائع بطريق القسمة وخلص القدر المبيع لمن خصص له في القسمة مطهراً من هذا التصرف وبذلك يصبح استمرار المشتري في وضع يده على هذا القدر مجرداً من السند ويكون لمن اختص به الحق في استلامه من تحت يد المشتري.

(الطعن رقم ٥٩٥٣ ـ لسنة ٧٠ ق ـ تاريخ الجلسة ٢٧ / ١١ / ٢٠٠٢)

* * *

obeikan.com

مادة (٩٣٧)

١ـ إذا تزاحم الشفعاء يكون إستعمال حق الشفعة على حسب الترتيب المنصوص عليه فى المادة السابقة.

٢ـ وإذا تزاحم الشفعاء من طبقة واحدة، فاستحقاق كل منهم للشفعة يكون على قدر نصيبه.

٣ـ فإذا كان المشترى قد توافرت فيه الشروط التى تجعله شفيعاً بمقتضى نص المادة السابقة، فإنه يفضل على الشفعاء الذين هم من طبقته أو من طبقة أدنى، ولكن يتقدمه الذين هم من طبقة أعلى.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٩٤١ ليبى ١١٣١ عراقى و ٧٤٨ سودانى و ٢٤٠ لبنانى.

الأعمال التحضيرية:

كان طبيعياً أن يعقب النص الذى يعدد الشفعاء نص يبين ترتيبهم إذا تزاحموا، والنص السابق ذكرهم مرتين طبقة بعد طبقة فإذا تزاحم الشفعاء من الطبقة فى المبيع كل شريك بنسبة حصته المشاعة. أما إذا باع أحد الشركاء الثلاثة نصيبه الشائع لشريك آخر، فإن الشريك الثالث لا يشفع، وذلك لأن المشترى هو أيضاً شفيع من نفس الطبقة التى ينتمى إليها الشريك الثالث، والقاعدة أنه إذا توافرت فى المشترى الشروط التى تجعله شفيعاً فإنه يفضل على الشفعاء الذين هم من طبقة أدنى ولكن يتقدمه الذين هم من طبقة أعلى (قارن المادة ٨ من قانون الشفعة الحالى، وعبارتها غامضة). ومن هنا نصت المادة السابقة على الشريك فى الشيوع لا يشفع إلا إذا باع الشريك الآخر حصته لأجنبى، لأنه لو باع لشريك فى الشيوع فإن المشترى يفضل على أى شريك آخر يريد الأخذ بالشفعة. إما إذا تزاحم الجيران فى الأخذ،

فإن الذى يقدم منهم هو من تعود على ملكه منفعة أكثر من غيره، ويترك هذا التقدير للقاضى[١].

رأى الفقه:

١- يفترض نص المادة ٩٣٧ مدنى أن هناك أكثر من شفيع واحد توافرت فيه شروط الأخذ بالشفعة، فإذا لم يتقدم منهم لطلب الشفعة إلا شفيع واحد ولم يزاحمه فى طلبها أحد من الشفعاء الآخرين، جاز له أن يأخذ بالشفعة كل العقار المشفوع فيه أو بعضه طبقاً لما يقرره مبدأ عدم قابلية الشفعاء للتجزئة وعدم جواز تفريق الصفقة على المشترى. أما إذا تعدد الشفعاء وزاحم بعضهم بعضاً فى طلب الشفعة، فهنا ينفتح مجال البحث فى الحالات المختلفة لتزاحم الشفعاء على الوجه المبين فى المادة ٩٣٧ مدنى.

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى – الجزء ٦ – ص ٣٨٧ وما بعدها.

وقد أوردت المادة ٩٣٧ مدنى حالات لتزاحم الشفعاء:

الحالة الأولى: تزاحم الشفعاء وهم من طبقات مختلفة (م ١/٩٣٧ مدنى).

الحالة الثانية: تزاحم الشفعاء وهم من طبقة واحدة (م ٣/٩٣٧ مدنى).

وهنا يعرض بحث عدم جواز الصفقة على المشترى.

الحالة الثالثة: تزاحم الشفعاء مع المشترى وهو شفيع مثلهم (م ٣/٩٣٧ مدنى).

وهنا يجب بحث فروض ثلاثة: تزاحم المشترى مع شفعاء أدنى من طبقته – وتزاحم المشترى مع شفعاء من نفس طبقته – تزاحم المشترى مع شفعاء أعلى من طبقته.

وإذا تعدد الشفعاء من الطبقة الواحدة، وكانت هذه الطبقة هى الطبقة الأعلى التى لها الأخذ بالشفعة، فإن كل شفيع منهم يجب أن يطلب الشفعة فى كل العقار المشفوع فيه، ولا يقتصر على طلب جزء من هذا العقار بنسبة نصيبه فى العقار المشفوع به، ذل أن هناك احتمالاً فى ألا يطلب الشفعة إلا بعض الشفعاء دون بعض أو ألا يطلبها أحد غيره. فإذا اقتصر على طلب الشفعة فى جزء من العقار المشفوع فيه بنسبة نصيبه فى العقار المشفوع به، فإن الصفقة لا تتجزأ على المشترى، ومن حقه ألا تتجزأ عليه الصفقة.

كذلك هناك احتمال حتى لو طلب الشفعة جميع الشفعاء، أن يسقط طلب أحدهم أو بعضهم لسبب يتعلق بالمواعيد أو بغيرها من إجراءات الشفعة، فتتفرق الصفقة على المشترى. لذلك يجب على كل شفيع أن يطلب الشفعة فى جميع العقار المشفوع فيه. فإذا طلبوا الشفعة جميعاً ولم يسقط طلب أى منهم قسم عليهم العقار المشفوع فيه كل بنسبة نصيبه فى العقار المشفوع به. وإذا طلب الشفعة بعضهم دون البعض الآخر، أو طلب الجميع ولكن سقط طلب بعضهم، فإن العقار المشفوع فيه كله يقسم على الشفعاء الذين صح طلبهم كل بنسبة نصيبه فى العقار المشفوع به. وإذا انفرد واحد من هؤلاء الشفعاء بطلب الشفعة، أو لم يصح إلا طلب واحد منهم فقط، فإن هذا الشفيع الواحد يأخذ بالشفعة كل العقار المشفوع فيه. وهكذا لا تتفرق الصفقة على المشترى فى أى فرض من هذه الفروض. فإذا كان هناك ثلاثة من الشفعاء من طبقة واحدة يستحقون الأخذ بالشفعة، وجب على كل منهم أن يطلب الشفعة فى كل العقار المشفوع فيه، فإما أن يأخذ العقار كله إذا انفرد، أو يأخذ بعضه بالنسبة التى سبق بيانها إذا اشترك معه غيره، وفى جميع الأحوال يأخذ من صح طلبه من الشفعاء الثلاثة كل العقار المشفوع فيه فلا تتفرق الصفقة على المشترى. وإذا كان لا يجوز تفريق الصفقة على المشترى، فإنه لا يجوز أيضاً للمشترى إجبار الشفيع على أن يقتصر فى الأخذ بالشفعة على مقدار نصيبه بدعوى أن عدم تفريق الصفقة إنما تقررت لمصلحة المشترى وحده، ذلك لإخراج المشترى من الصفقة، فإذا اقتصر على مقدار نصيبه ولم يطلب الشفعاء الآخرون الشفعة أو سقط طلبهم، بقى المشترى داخلاً فى الصفقة بمقدار نصيب هؤلاء الشفعاء الآخرين، وهذا ما يحق للشفيع أن يتفاداه.

والقاعدة التى قررناها (الدكتور السنهورى) من وجوب أن يطلب الشفيع الشفعة فى كل العقار المشفوع فيه لا تنطبق فحسب فى حالة وجود طبقة واحدة من الشفعاء تستحق الأخذ بالشفعة، بل تنطبق أيضاً فى حالة وجود طبقات متعددة، فأى شفيع من أية طبقة يجب أن يطلب الشفعة فى كل العقار المشفوع فيه لاحتمال ألا يطلب الشفعة أحد من الطبقات التى هى أعلى منه ولا أحد من الشفعاء الذين هم فى طبقته، وتنطبق القاعدة أيضاً على الطبقة الدنيا من الشفعاء وهم الجيران، فأى جار يريد الأخذ بالشفعة يجب أن يطلبها فى كل العقار المشفوع فيه حتى لو وجد من الجيران من هم أحق بالشفعة منه لاحتمال ألا يطلب أحد من هؤلاء الأخذ بالشفعة.

وإذا كان شفيعان، طلب أحدهما الشفعة فى بعد العقار المشفوع فيه، وطلبها الآخر فى كل العقار، أخذ الشفيع الثانى دون الشفيع الأول كل العقار بالشفعة. وإذا طلب شفيع الشفعة فى بعض العقار المشفوع فيه لم يصح طلبه ولا يجوز له بعد ذلك أن يطلب الشفعة فى كل العقار المشفوع فيه إذا كانت المواعيد قد انقضت[1].

من أحكام القضاء الحديثة:

١- مفاد نص المادة ٩٣٧ و ٩٣٦ من القانون المدنى أن المشرع قرر حق الشفعة لمالك الرقبة فى بيع حق الإنتفاع محكمة توخاها هى جمع شتات الملكية برد حق الإنتفاع إلى مالك الرقبة، إذ بدون هذا النص الصريح ما كان لمالك الرقبة أن يشفع فى بيع حق الإنتفاع إذ هو ليس شريكاً مشتاعاً ولا جاراً مالكاً، وتحقيقاً لذات الحكمة فقد فضل المشرع مالك الرقبة على سائر الشفعاء عند مزاحمتهم له فى الشفعة فى بيع حق الإنتفاع للرقبة التى يملكها.

(جلسة ١٩٧٩/٢/١٣ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٣٠ – مدنى – ص ٢٦١)

٢ – النص في الفقرة الثانية من المادة ٩٣٧ من القانون المدني على أن ".... ٢ – إذا تزاحم الشفعاء من طبقة واحدة فإستحقاق كل منهم للشفعة يكون على قدر نصيبه ". يدل على أن المشرع لم يضع قاعدة عامة تحكم موضوع التزاحم بين الشفعاء جميعاً، ذلك أن القاعدة التى تقضى بأن يقتسم الشفعاء عند تعددهم العقار المشفوع فيه كل بنسبة نصيبه في العقار المشفوع به لا تنطبق في حالة التزاحم فيما بين الجيران عند تعددهم إذ أنهم يختلفون عن غيرهم من الشفعاء في أنهم لا يشتركون جميعاً في عقار مشفوع به واحد، فلكل جار عقاره الذي يشفع به لا يشترك فيه معه غيره من الجيران الآخرين، وإذ لم يورد النص حكماً لتلك الحالة فيجب – وفقاً لنص الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني – الرجوع إلى القاعدة التى تضمنها قانون الشفعة السابق – بإعتبارها عرفاً مستقراً جرى عليه العمل – والتى تقضى بتفضيل الجار الذى تعود على ملكه منفعة من الشفعة أكثر من غيره من الجيران وهي أيضاً الحكم العادل عند ثبوت النص، وإذ إلتزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه لا يكون قد خالف القانون.

(الطعن ٣١٦٠ لسنة ٥٨ق جلسة ١٩٩١/٥/٢٨ س٤٢ ص١٢٢١)

---

(١) الوسيط – ٩ – للدكتور السنهورى – المرجع السابق – ص ٥٩٥ وما بعدها، والمراجع السابقة.

٣ – ليس للشريك في الشيوع الأخذ بالشفعة في حصة شائعة مبيعة لمشتر شريك على الشيوع توافرت فيه وقت الشراء الشروط التى تجعله شفعياً. مشترى الحصة الشائعة الشريك على الشيوع يفضل الشفيع الشريك على الشيوع. المادتان ٩٣٦/ب، ٣/٩٣٧ مدني. مؤدى نص المادتين ٩٣٦/ب، ٣/٩٣٧ من القانون المدني – أنه لا يجوز للشريك في الشيوع الأخذ بالشفعة في حصة شائعة مبيعة لمشترى توافرت فيه وقت الشراء شروط الأخذ بالشفعة في العقار الذى إشتراه لأنه في هذه الحالة يفضل على الشفعاء الذين هم من طبقته أو من طبقة أدنى فإذا كان المشترى للحصة الشائعة هو نفسه شريك في الشيوع فضل على شفيع هو مثله شريك في الشيوع أي من طبقته.

(**الطعن ١٨٣٧ لسنة ٦٠ق – جلسة ١٩٩٥/٣/٢٩س٤٦ ص٥٥٤**)

* * *

obeikan.com

مادة (٩٣٨)

إذا اشترى شخص عيناً تجوز الشفعة فيها ثم باعها قبل أن تعلن أية رغبة فى الأخذ بالشفعة أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة طبقاً للمادة ٩٤٢، فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشترى الثانى وبالشروط التى اشترى بها.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٩٤٢ ليبى و ١١٢٧ عراقى و ٧٥٠ سودانى و ٢٥٠ لبنانى.

الأعمال التحضيرية:

ينظر – لاحقاً – التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد على نص المادة ٩٣٩ مدنى.

رأى الفقه:

– مؤدى نص المادة ٩٣٨ مدنى أنه إذا باع المشترى العقار بيعاً تجوز الشفعة فيه، فيترتب على سريان البيع فى حق الشفيع أنه لا يجوز للشفيع أن يشفع إلا من المشترى الثانى وبشروط البيع الجديد.

ومعنى هذا أن حق الشفيع فى الأخذ بالشفعة يتجدد بسبب البيع الثانى، وعليه إذا ما أراد أخذ العقار بالشفعة بشروط البيع الثانى أن يوجه الإجراءات إلى كل من المشترى الأول بصفته بائعاً والمشترى الثانى وبالشروط التى اشترى بها، ولا يلزم اختصام البائع الأول ولا يشترط لوجوب الأخذ بالشفعة من المشترى الثانى وبالشروط الذى اشترى بها أن يكون البيع الصادر له من المشترى الأول قد سجل، فيكفى أن يكون قد انعقد قبل تسجيل إعلان الرغبة.

وإذا كان المشترى قد باع جزءاً من العقار قبل تسجيل إعلان الرغبة، فإن أراد الشفيع أن يأخذ العقار كله فيجب عليه أن يوجه الطلب إلى كل من البائع الأصلى والمشترى الأول والمشترى الثانى، أما إذا أراد أن يقتصر على أخذ الجزء الذى استبقاه المشترى الأول، فيكفيه أن يوجه الطلب إلى المشترى الأول بصفته بائعاً والمشترى الثانى، وفى الحالين يجب حتى يمكن الأخذ بالشفعة أن تتوافر شروطها بالنسبة إلى الجزء المطلوب أخذه. فإذا ترتب على التجزئة أن أصبح الجزء الذى استبقاه المشترى أو الجزء الذى باعه غير مجاور لعقار الشفيع فلا يجوز للشفيع أن يأخذه وحده بالشفعة لانتفاء شرط التلاصق[1].

٢– معنى ما تقضى به المادة ٩٣٨ مدنى أنه إذا كان الشفيع لم يعلن رغبته فى أن يشفع فى البيع الأول، أو أعلن رغبته ولكن لم يتم تسجيلها قبل صدور البيع الثانى، فإن حقه فى طلب الشفعة يتجدد بسبب البيع الثانى، ولذلك يجب عليه أن يوجه الإجراءات إلى طرفى هذا البيع الثانى أى إلى المشترى الثانى والبائع له. وليس

(١) حق الملكية – للدكتور منصور مصطفى منصور – المرجع السابق – ص ٣٤٦ وما بعدها.

اختصام البائع الأول لازماً. وكذلك فإن شروط البيع الثانى لا البيع الأول هى التى تسرى فى حقه.

وإذا باع المشترى جزءاً من العقار، ورغب الشفيع فى أخذ العقار كله بالشفعة، وجب عليه توجيه طلب الشفعة إلى البائع الأصلى والمشترى الأول والمشترى الثانى لأنه يشفع فى بيعين. فإن أراد أن يشفع فى الجزء الذى استبقاه المشترى الأول اكتفى بتوجيه طلب الشفعة إلى البائع الأصلى وهذا المشترى. وأخيراً إذا أراد أن يشفع فى الجزء الذى بيع بيعة ثانية وجه الطلب إلى المشترى الثانى، مع ملاحظة وجوب توفر شروط الشفعة بالنسبة لما يشفع فيه.

أما البيع الحاصل بعد تسجيل إعلان الرغبة فلا يحتج به على الشفيع، ويستمر فى إجراءاته ضد البائع والمشترى الأول.

هذا، ولا يشترط أن يكون البيع الثانى قد سجل بالفعل قبل تسجيل إعلان الرغبة، بل يكفى أن يكون قد انعقد قبله، إذ الشفعة جائزة حتى فى البيع غير المسجل (عكس ذلك – الدكتور جميل الشرقاوى – الحقوق العينية الأصلية – ص ٤٤٨ و ٤٤٩) (١).

٣– قد يتصرف المشترى فى العقار المشفوع فيه قبل طلب الأخذ بالشفعة، وقد يتصرف فيه بعد ذلك، فإلى من يتعين على الشفيع توجيه إجراءات الشفعة؟ تجيب عن ذلك المادة ٩٣٨ مدنى.

فإذا باع المشترى قبل أن يقيد الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة، وجب على الشفيع أن يوجه طلب الشفعة وكافة إجراءاتها الأخرى إلى المشترى الثانى والبائع له ولا يكون اختصام البائع الأول لازماً. وتحدد هنا الشفعة بسبب البيع الثانى لا الأول.

أما إذا كان البيع الثانى قد تم تسجيل إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة فلا يحتج به على الشفيع ويستمر فى إجراءاته ضد البائع والمشترى الأول.

ولا يشترط أن يكون البيع الثانى قد سجل قبل تسجيل الرغبة فى الأخذ بالشفعة، بل يكفى أن يكون قد انعقد قبله، إذ أن الشفعة تجوز حتى فى نصف البيع غير المسجل(٢).

٤– نصت المادة ١١٣٧ من التقنين المدنى العراقى (المقابلة للمادة ٩٣٨ مدنى مصرى) على أنه إذا باع العقار الذى اشتراه قبل أن تقع فيه الشفعة انتقلت خصومة الشفيع من المشترى الأول إلى المشترى الثانى".

ومعنى ذلك أن حق الشفعة لا يسقط ببيع المشترى العقار الذى تصح فيه الشفعة، إلا أن المشترى الأول يأخذ مكان البائع فى جميع الأحكام الواردة فى الشفعة.

ومن هنا يظهر لك خطأ التعبير الذى أورده القانون بقوله (سقطت الشفعة)، إذ أن الخصومة لا تسقط على وجه الإطلاق، لكن الذى يسقط هو الخصومة تجاه المشترى الأول. ولما كان السبب الذى يستند إليه الشفيع هو السبب الذى قام به عند البيع الأول، فقد وجب أن يبقى هذا السبب مستمراً فيه مدة طلبه بالشفعة تجاه المشترى الأول والمشترى الثانى حتى الحكم له بها، ولهذا لا يصح أن يتمسك بالشفعة إذا كان شريكاً

---

(١) حق الملكية – للدكتور عبدالمنعم البدراوى – طبعة ١٩٨٠ – ص ٣٩٩ وما بعدها.

(٢) الحقوق العينية الأصلية – للدكتور محمد على عمران – المرجع السابق – ص ١٤٨ وما بعدها.

أو مجاوراً عند البيع الأول ثم زال هذا السبب عند البيع الثانى، فالطلب وحده لم يتعدد وذلك قول النص بأنه تتجدد له شفعة على المشترى الثانى، وكان الأولى أن يقال: (.... انتقلت خصومته بالشفعة من المشترى الأول إلى المشترى الثانى)، ولا وجه لقوله تجددت الشفعة، لأن النص قاصر على وقوع البيع الثانى قبل الادعاء بالشفعة. وعلى ذلك فيس هناك من إجراءات قد وقعت يراد تجديدها لفائدة الشفيع، ولم يقع النص المصرى (م ٩٣٨ مدنى) فى هذا الغلط.

وقد لا يقع علم الشفيع بالبيع الثانى إلا بعد أن أعلن رغبته إلى البائع الأول والمشترى الأول، وعند ذلك يكون عليه أن يجدد إعلانه إلى البائع الثانى والمشترى منه، ويكون تاريخ الإعلان هو مبدأ سريان المواعيد.

وكل ما يتعلق بإجراءات الشفعة ودعواها وأحكامها وموانعها ومسقطاتها بالنسبة إلى البيع الأول يطبق على الشفعة بالنسبة إلى البيع الثانى ومن ذلك صورية الثمن الثانى والطعن فى جديته.

إلى أن حكم الشريعة من حيث الثمن الأخير يختلف عن حكم القانون، فقد أباح الفقهاء للشفيع أن يأخذ بالثمن عن حكم القانون، فقد أباح الفقهاء للشفيع أن يأخذ بالثمن الأقل لوجود سبب الاستحقاق وشرطه عند كل واحد من البيعين، فقد قالوا إن الشفيع بالخيار إن شاء أخذ بالبيع الأول وإن شاء أخذ بالبيع الثانى، فإذا كان الثمن الأول ألفاً وكان الثانى ألفين، وأخذ بالبيع الأول سلم الثمن إلى المشترى الأول والضمان عليه وينفسخ البيع الثانى ويسترد المشترى الثانى ثمنه من المشترى الأول. وإن أخذ البيع الثانى تم البيعان جميعاً وكان الضمان على المشترى الثانى (بدائع الصنائع – جزء ٥ – ص ٧)، وإذا كان المشترى قد باع جزءاً من العقار المشفوع كان للشفيع أن يرفع دعوتين إحداهما على المشترى الأول بالنسبة لما بقى له من العقار المبيع، وأخراهما على المشترى الثانى بالنسبة إلى الجزء الذى اشتراه، وكان له أيضاً أن يرفع دعوى واحدة على المشتريين معاً بالنسبة إلى كل العقار المشفوع (يراجع الحقوق العينية الأصلية – للدكتور محمد كامل مرسى – جزء ٣ – فقرة ٥١٧). أما إذا طلب أحد الجزئين بالشفعة دون الآخر، فقد سقطت شفعته فى الكل، لأنها لا تقبل التجزئة. إلا أنه إذا كان الجزء الذى بيع قد أفرز إفرازاً رسمياً قبل إعلان رغبته، فإن له أن يطلب أحدهما أو كليهما، وإذا طلب أحدهم لم يكن طلبه هذا مسقطاً لشفعته فى القسم الآخر، أحدهما لم يكن طلبه هذا مسقطاً لشفعته فى القسم الآخر لأن أحدهما عندئذ يكون مستقلاً عن الآخر من حيث سبب الشفعة[1].

من أحكام القضاء الحديثة:

١– إذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى إعتبار عقد الطاعنين – المشتريين الآخرين – صورياً صورية مطلقة، فإن مؤدى ذلك ألا يكون لهذا العقد وجود فى الحقيقة وبالتالى فلم يكن هناك ما يدعو الشفعاء إلى توجيه طلب الشفعة إلى الطاعنين

(١) الملكية العقارية – للأستاذ حامد مصطفى – جزء ١ – المرجع السابق – ص ٢٥١ وما بعدها.

عملاً بنص المادة ٩٣٨ مدنى، ولا على الحكم إن هو لم يتعرض لدفاع الطاعنين فى هذا الخصوص.

(نقض – جلسة ١٩٧٠/٤/١٤ – المكتب الفنى – السنة ٢١ – مدنى – ص ٦١٨)

٢- يجب على الشفيع الذى يريد الأخذ بالشفعة فى حالة توالى البيوع أن يستعمل حقه وفقاً للمادة ٩٣٨ مدنى ضد المشترى الثانى وبالشروط التى اشترى بها متى ثبت أن البيع لذلك الأخير قد تم قبل تسجيل إعلان الرغبة فى الشفعة، فالوقت المعول عليه لعدم الاحتجاج على الشفيع بالبيع الثانى هو وقت تسجيل إعلان الرغبة لا حصول الإعلان.

(نقض – جلسة ١٩٧٣/١١/١٣ – المرجع السابق – السنة ٢٤ – ص ١٠٧٠)

٣- إنه وإن كان نص المادة ٩٣٨ مدنى أنه إذا صدر من مشترى العقار المشفوع فيه بيع لمشترى ثان قبل إعلان أية رغبة فى الأخذ بالشفعة أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة فإنه يسرى فى حق الشفيع ولا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشترى وبالشروط التى إشترى بها، إلا أن ذلك مشروط بألا يكون البيع الثانى صورياً، فإن ادعى الشفيع صوريته كان من حقه – بإعتباره من الغير – إثبات الصورية بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن، فإن أفلح اعتبر البيع الصادر من المالك للمشترى الأول قائماً وهو الذى يعتد به فى الشفعة دون البيع الثانى الذى لا وجوه له.

(نقض – جلسة ١٩٧٥/٦/١١ – المرجع السابق – السنة ٢٦ – ص ١٢٠١)

٤- الشفيع بحكم كونه صاحب حق فى الأخذ بالشفعة يعتبر من طبقة الغير بالنسبة لطرفى عقد البيع سبب الشفعة، وبالتالى يحق له أن يتمسك بالعقد الظاهر، فلا يحتج عليه بالعقد المستتر، إلا أن شرط ذلك أن يكون حسن النية أى ألا يكون عالماً بصورية العقد الظاهر وقت إظهار رغبته فى الأخذ بالشفعة.

(نقض – جلسة ١٩٧٩/١٢/١٣ – المرجع السابق – السنة ٣٠ – ص ٢٦١)

٥- على الشفيع الذى يريد الأخذ بالشفعة فى حالة توالى البيوع أن يستعمل حقه وفقاً لنص المادة ٩٣٨ مدنى وبالشروط التى اشترى بها إذا ثبت لذلك الأخير قد تم قبل تسجيل إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة، إلا إذا أثبت الشفيع صورية العقد التالى للبيع الأول، وبشرط اختصام المشترى الأخير فى دعوى الصورية، لأنه صاحب الشأن الأول فى نفى صورية عقد سلفة وإثبات جديته.

(نقض – جلسة ١٩٨١/٢/٢٦ – الطعن ١٦٥٠ لسنة ٤٩ق – لم ينشر بعد)

٦- مفاد نص المادة ٩٣٨ مدنى أنه إذا صدر من مشترى العقار المشفوع فيه بيع لمشتر ثان قبل أن تعلن أية رغبة فى الأخذ بالشفعة أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة، فإنه يسرى فى حق الشفيع. ولا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشترى الثانى وبالشروط التى اشترى بها، إلا أن ذلك مشروطاً بألا يكون البيع الثانى صورياً، فإذا ادعى الشفيع الصورية وأفلح فى إثبات ذلك اعتبر البيع الصادر من المالك للمشترى الأول قائماً وهو الذى يعتد به فى الشفعة دون البيع الثانى الذى لا وجود له بما يغنى الشفيع عن توجيه طلب الشفعة إلى المشترى الثانى. على أنه يتم إثبات الصورية فى مواجهة

المشترى الثانى، لأنه هو صاحب الشأن الأول فى نفى الصورية وإثبات جدية عقده ليكون الحكم الذى يصدر بشأن عقده حجة له أو عليه. ويتحقق ذلك باختصاصه ابتداء فى دعوى الشفعة مع تمسك الشفيع بالبيع الأول ودفعه بصورية البيع الثانى صورية مطلقة أو بإدخاله أو تدخله خصماً فى الدعوى قبل الفصل فيها دون اعتداد بأن هذا الإدخال أو تدخله خصماً فى الدعوى قبل الفصل فيها دون اعتداد بأن هذا الإدخال أو التدخل فى المواعيد المحددة لطلب الشفعة، ويتعين على المحكمة أن تفصل فى الادعاء بالصورية، إذ يتوقف مصير دعوى الشفعة على ثبوت الصورية أم لا. وبصدور حكم لصالح الشفيع بصورية عقد المشترى الثانى تصح إجراءات الشفعة فى البيع الأول.

(نقض – جلسة ١٩٨١/١١/١٢ – الطعن رقم ٥٢١ لسنة ٤٨ق)

٧– من المقرر فى قضاء النقض أنه متى كان العقد صورياً فإنه يعد غير موجود قانوناً، وأنه وإن كان مفاد نص المادة ٩٣٨ مدنى أنه إذا صدر البيع من مشترى العقار المشفوع فيه لمشتر ثان، قبل أن تعلن أية رغبة فى الأخذ بالشفعة أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة، فإنه يسرى فى حق الشفيع ولا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشترى الثانى وبالشروط التى اشترى بها إلا أن ذلك مشروط بألا يكون البيع الثانى صورياً.

(نقض – جلسة ١٩٨٢/٣/١١ – الطعن رقم ٨٤٠ لسنة ٤٩ق)

٨– طلب الأخذ بالشفعة عند توالى البيوع، وجوب إدخال المشترى الثانى فى الدعوى متى تم البيع قبل تسجيل إعلان الرغبة فى الشفعة ولو ادعى الشفيع صورية عقده.

(نقض – جلسة ١٩٨١/٤/٧ – الطعن رقم ١٢١ لسنة ٤٦ق)

٩– يجب على الشفيع الذى يريد الأخذ بالشفعة فى حالة توالى البيوع وعلى ما جرى به قضاء النقض – أن يستعمل حقه فيه وفقاً للمادة ٩٣٨ مدنى ضد المشترى الثانى وبالشروط التى اشترى بها متى ثبت أن البيع لذلك الأخير قد تم قبل تسجيل إعلان الرغبة بالشروط ولم يكن هذا البيع صورياً.

(نقض – جلسة ١٩٨٢/٤/٢٨ – الطعن رقم ٣٤١ لسنة ٤٩ق)

١٠– مؤدى نص المادتين ٩٣٨ و ٩٤٧ من القانون المدنى أو بيع العين التى تجوز الشفعة فيها بيعاً ثانياً سارياً فى حق الشفيع، يوجب عليه أن لا يطلب أخذها بالشفعة إلا من المشترى الثانى وبالشروط التى اشترى بها، وأن البيع الثانى يسرى فى حق الشفيع إذا كان قد تم فعلاً قبل تسجيل رغبته فى الأخذ بالشفعة، فلا يشترط أن يكون ثابت التاريخ أو أن يكون قد أنذر به رسمياً أو علم به علماً واقعياً، وإن كان لا يتصور طلبه الأخذ بالشفعة من المشترى الثانى على أساسه إلا بعد علمه به، فذلك مما يتعلق بالإمكان الواقعى لا بتوافر الشروط التى يتطلبها القانون فى طلبه أخذ العين بالشفعة.

(نقض – جلسة ١٩٨٣/٦/١٢ – الطعن رقم ٥٢٨ لسنة ٤٩ق – لم ينشر بعد)

١١- لما كان مفاد نص المادة ٩٣٨ من القانون المدنى – وعلى ما جرى به قضاء النقض – أنه إذا صدر من مشترى العقار المشفوع فيه بيع لمشتر آخر قبل أن تعلن أية رغبة فى الأخذ بالشفعة أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة، فإن هذا البيع يسرى فى حق الشفيع ولا يجوز له الأخذ بالشفعة إلا من المشترى الثانى وبالشروط التى اشترى بها، إلا أن ذلك مشروطاً بألا يكون البيع الثانى صورياً فإذا ادعى الشفيع صوريته وأفلح فى إثبات ذلك اعتبر البيع الصادر من المالك للمشترى الأول قائماً وهو الذى يعتد به فى الشفعة دون البيع الثانى الذى لا وجود له بما يغنى عن توجيه طلب الشفعة دون البيع الثانى الذى لا وجود له بما يغنى عن توجيه طلب الشفعة إلى المشترى الثانى. إلا أنه يجب أن يتم إثبات الصورية فى مواجهة المشترى الثانى لأنه هو صاحب الشأن الأول فى نفى الصورية المشترى الثانى لأنه هو صاحب الشأن الأول فى نفس الصورية وإثبات جدية عقده ليكون الحكم الذى يصدر بشأن عقده حجة له أو عليه، وكان لا يشترط قانوناً فى البيع الذى تجوز فيه الشفعة أن يكون بعقد مسجل أو ثابت التاريخ، ولذا وجب وفقاً لنص المادة ٩٣٨ مدنى توجيه طلب الشفعة إلى المشترى الثانى متى ثبت أن البيع له قد تم قبل تسجيل طلب الشفعة ولو لم يكن عقده مسجلاً أو ثابت التاريخ، فالتاريخ العرفى كاف إذا كان سابقاً على طلب الشفعة. وللشفيع أن يثبت طلب الشفعة.

(نقض – جلسة ١٩٨٣/١/٥ – الطعن رقم ٩٥٣ لسنة ٥٠ق – لم ينشر بعد)

١٢- لما كان مفاد نص المادة ٩٣٨ من القانون المدنى أنه إذا صدر بيع من مشترى العقار المشفوع فيه لمشترى آخر قبل أن تعلن أية رغبة فى الأخذ بالشفعة أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة، فإن هذا البيع يسرى فى حق الشفيع – فإذا ما ثبت حصول البيع من المشترى الأول لثان، فإنه يتعين على الشفيع أن يستعمل حقه قبل المشترى الثانى وبالشروط وبالثمن الذى تم به ذلك البيع الثانى، ولا عبرة بعد ذلك بما إذا كان طرفاً العقد الأول قد إنذار الشفيع بحصول البيع الأول من عدمه، لأن هذا الإنذار قد شرع لإخطار الشفيع بوقوع البيع الذى يجوز الأخذ فيه بالشفعة بالثمن وشروط البيع حتى إذا ما رأى الأخذ بالشفعة أعلن رغبته فى ذلك فى خلال الميعاد الذى يبدأ سريانه من تاريخ الإنذار الرسمى، فإذا بادر الشفيع بإعلان رغبته فى الأخذ بالشفعة دون إنتظار الإنذار الرسمى بالبيع فإن مناط سريان البيع الثانى فى حقه مرهون بثبوت حصول هذا البيع قبل إعلان الرغبة فى الشفعة أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة، ولا يحق للشفيع أن يتحلل من اختصام المشترى الثانى على أى وجه طالما قد ثبت حصول البيع الثانى على الوجه السالف – لما كان ذلك وكان البين من الأوراق أن الطاعنين أعلنوا المطعون ضدهما برغبتهم فى أخذ العقار المبيع بالشفعة بتاريخ ١٩٧٣/٤/٣ وتم تسجيل هذا الإعلان فى ١٩٧٣/٤/٤ وكان ذلك بعد تصرف المشترى الأول فى البيع لآخر فى العقار المشفوع فيه بتاريخ ١٩٧٦/١٢/١٠، إلا أن الطاعنين رغم إنذارهم رسمياً بالبيع الثانى لم يطلبوا الأخذ فيه بالشفعة وفقاً للمادة ٩٣٨ من القانون المدنى، ولم يختصموا المشترى المذكور فى الدعوى رغم طعنهم بصورية العقد الثانى، فإن الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه إذ قضى بعدم

قبول الدعوى لعدم اختصام المشترى الثانى، يكون قد التزم حكم القانون، ويكون النعى عليه بهذا السبب على غير أساس.

(نقض – جلسة ١٩٨٤/٢/٢١ – الطعن ٨٥٩ لسنة ٥٠ق – لم ينشر بعد)

١٣– لئن كان مفاد نص المادة ٩٣٨ من القانون المدنى أنه إذا صدر من مشترى العقار المشفوع فيه بيع لمشتر ثان قبل أن تعلن أية رغبة فى الأخذ بالشفعة أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة، فإنه يسرى فى حق الشفيع، ولا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشترى الثانى وبالشروط التى اشترى بها، إلا أن ذلك مشروط بألا يكون البيع الثانى صورياً، فإذا ادعى الشفيع صوريته وأفلح فى إثبات ذلك اعتبر البيع الثانى غير موجود وكأن لم يكن ويبقى البيع الأول قائماً وهو الذى يعتد به فى الشفعة، وهو ما يغنى الشفيع أصلاً عن توجيه طلب الشفعة، إلى المشترى الثانى، وإن كان يتعين مع ذلك إدخاله فى الدعوى لوجوب إثبات الصورية فى مواجهته بإعتبار أنه صاحب الشأن الأول فى نفى الصورية وإثبات جدية عقده حتى يكون للحكم الصادر فيها حجية قبله.

جواز الأخذ بالشفعة فى البيع ولو لم يكن بعقد مسجل أو ثابت التاريخ، إقامة الحكم قضاءه على وجوب أن يكون البيع إلى المشترى الثانى ثابتاً قبل تسجيل إعلان الرغبة فى الشفعة خطأ فى القانون.

(نقض – جلسة ١٩٨٥/٢/١٢ – الطعن ٨٦٤ لسنة ٥١ القضائية – لم ينشر بعد)

١٤ – المادتين ٩٣٨، ٩٤٧ من القانون المدني إذ تنصان على أنه إذا إشترى شخص عيناً تجوز الشفعة فيها ثم باعها قبل أن تعلن أية رغبة في الأخذ بالشفعة أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة طبقاً للمادة ٩٤٢ فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشترى الثاني وبالشروط التى إشترى بها " وأنه " لا يسرى في حق الشفيع... أي بيع صدر من المشترى.... إذا كان كل ذلك قد تم بعد التاريخ الذى سجل فيه إعلان الرغبة في الشفعة... " فإن مؤدى ذلك أن بيع العين التى تجوز الشفعة فيها بيعاً ثانياً سارياً في حق الشفعة يوجب عليه أن لا يتطلب أخذها بالشفعة إلا من المشترى الثاني وبالشروط التى إشترى بها، وأن البيع الثاني يسرى في حق الشفيع إذا كان قد تم فعلاً قبل تسجيل رغبته في الأخذ بالشفعة فلا يشترط أن يكون ثابت التاريخ أو أن يكون قد أنذر به رسمياً أو علم به علماً واقعياً وأن كان لا يتصور طلبه الأخذ بالشفعة من المشترى الثاني على أساسه إلا بعد عمله به فذلك مما يتعلق بالإمكان الواقعي لا يتوافر الشروط التى يتطلبها القانون في طلب أخذ العين بالشفعة، إلا أنه إذا إدعى الشفيع صورية العقد الصادر للمشترى الثاني وأفلح في إثبات ذلك إعتبر البيع الصادر من المالك للمشترى الأول قائماً وهو وحده الذى يعتد به في الشفعة دون البيع الثاني الذى لا وجود له بما يغنى الشفيع عن توجيه طلب الشفعة إلى المشترى الثاني لأنه هو صاحب الشأن الأول في نفى هذه الصورية وإثبات جدية عقده وليكون الحكم الذي يصدر بشن عقده حجة له أو عليه، ويتحقق ذلك بإختصامه في دعوى الشفعة مع تمسك الشفيع بالبيع الأول ودفعه بصورية البيع الثاني صورية مطلقة أو بإدخاله أو تدخله خصماً في الدعوى قبل الفصل فيها دون إعتداد بأن يتم هذا الإدخال أو التدخل

في المواعيد المحددة بطلب الشفعة وعندئذ يتعين على المحكمة أن تفصل في الدفع بالصورية إذ يتوقف مصير دعوى الشفعة على ثبوت الصورية من عدمه وبصدور حكم ضد الشفيع بعدم صورية عقد المشترى الثاني لا تصح إجراءات الشفعة في البيع الأول ويجب توجيه طلب الشفعة في البيع الثاني، لما كان ذلك وكان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أن المطعون عليه الأخير – المشترى الثاني – قرر أنه إشترى الأطيان المشفوع فيها بموجب عقد بيع مؤرخ ١٩٧٥/١١/١٥ في تاريخ سابق على رفع دعوى الشفعة – ولم يثبت في الأوراق أن الطاعن سجل رغبته في الشفعة قبل هذا التاريخ، فإن البيع الثاني يسرى في حق الشفيع – الطاعن – دون أن يتوقف ذلك على سبق علمه بالبيع الثاني أو إنذاره رسمياً، ويجب على الطاعن أخذ الأطيان المشفوع فيها من المشترى الثاني وبالشروط التى إشترى بها، وإذ خلص الحكم المطعون فيه إلى أن عقد المشترى الثاني – المطعون عليه الأخير – عقد جدى غير صوري – على نحو ما سيجئ في الرد على سبب النعى الثاني – ولم يطلب الطاعن الشفعة في البيع الثاني فإن حقه يكون قد سقط، لما كان ما تقدم وكان الحكم المطعون فيه قد إلتزم هذا النظر وقضى بعدم جواز الأخذ بالشفعة لعدم توجيه الطاعن إجراءات الشفعة إلى البيع الثاني فإنه يكون قد وافق صحيح القانون.

(الطعن رقم ١٧٥١ لسنة ٥٤ق – جلسة ١٩٩١/٥/٢٦)

١٥ – بيع مشترى العقار المشفوع فيه إلى مشتر ثان قبل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة أو قبل تسجيلها. م٩٣٨ مدني. مؤداه. عدم جواز الأخذ بالشفعة إلا من المشترى الثاني وبالشروط التى إشترى بها. شرطه. ألا يكون البيع الثاني صورياً تمسك الشفيع بصوريته. نجاحه في ذلك. أثره. بقاء البيع الأول قائماً ويغنى الشفيع عن توجيه طلب الشفعة إلى المشترى الثاني. وجوب إثبات الصورية في مواجهة المشترى الثاني. علة ذلك.

(الطعن رقم ١٠٠٨ لسنة ٥٦ق – جلسة ١٩٩٢/١١/١٥)

١٦ – بيع العقار المشفوع فيه لمشتر ثان قبل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة وقبل تسجيلها م٩٣٨ مدني. أثره. عدم جواز الأخذ بالشفعة إلا من المشترى الثانى وبالشروط التى إشترى بها. شرطه. ألا يكون البيع الثاني صورياً.

(الطعن رقم ٢٤٣٤ لسنة ٥٨ق – جلسة ١٩٩٣/١/٧)

١٧ – بيع مشترى العقار المشفوع فيه لمشتر ثاني قبل إعلان الرغبة في الشفعة أو قبل تسجيلها. مؤداه. عدم جواز الأخذ بالشفعة إلا من المشترى الثاني. شرطه. ألا يكون البيع صورياً. م٩٣٨ مدني. إدعاء الشفيع صورية البيع الثاني. وجوب إثبات ذلك في مواجهة المشترى الثاني. تحقق ذلك بإختصامه أو بإدخاله أو بتدخله في دعوى الشفعة. ثبوت صورية البيع الثاني. مؤداه. الإعتداد بالبيع الأول في طلب الشفعة.

(الطعن رقم ١٠٥٤ لسنة ٥٨ق – جلسة ١٩٩٣/٥/١٩)

١٨ – بيع مشترى العقار المشفوع فيه إلى مشتر ثان قبل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة وقبل تسجيلها م٩٣٨ مدني. أثره. عدم جواز الأخذ بالشفعة إلا من المشترى

الثاني. إثبات الشفيع صورية البيع الثاني. مؤداه. إعفاؤه من توجيه طلب الشفعة إلى المشترى الثاني. شرطه. إثبات الصورية في مواجهة المشترى الثاني. مال دعوى الشفعة. تعلقه على ثبوت الصورية أو نفيها.

(الطعن ٩٨٤ لسنة ٥٩ق – جلسة ١٩٩٤/١/١٢ س٤٥ ص١٣٩)

١٩ – إذا إنتقلت ملكية العقار المشفوع فيه إلى مشترى آخر غير المشفوع منه بتسجيله عقده قبل تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة فإن طلب الشفعة يكون غير مقبول ذلك أن الشفعة سبب لكسب الملكية وفي هذه الحالة لا تؤدى إلى إنتقال الملكية إليه فإن هو إدعى صورية هذا العقد المسجل لا يلتفت إلى إدعائه ما لم يختصم جميع المشترين منه وإلا بقيت دعواه بالصورية غير مقبولة.

(الطعن ١١٤٩ لسنة ٥٨ق جلسة ١٩٩٤/٣٠ س٤٥ ص٥٧٦)

٢٠ – وحيث أن الوقائع – على ما يبين من الحكم المطعون فه وسائر الأوراق – تتحصل في أن المطعون ضده الأول أقام الدعوى ٨٩١ لسنة ١٩٩٠ مدني سوهاج الإبتدائية " مأمورية أخميم الكلية " على الطاعن وباقى المطعون ضدهم عدا الأخير بطلب الحكم بأحقيته في الأطيان المبينة بالأوراق بالشفعة والتسليم والمباعة من المطعون ضده الثاني إلى المطعون ضدهم من الثالث إلى الثامن – تدخل المطعون ضده الأخير في الدعوى طالبا رفض طلب التسليم لأنه مستأجر الأطيان كما أقام الطاعن الدعوى ٩٢٨ لسنة ١٩٩٠ أمام المحكمة ذاتها على المطعون ضدهم من الثالث إلى الثامن بطلب الحكم بصحة ونفاذ عقد البيع العرفي المؤرخ ١٩٩٠/٣/١٤ والمتضمن بيعهم له الأطيان ذاتها والتسليم. دفع المطعون ضده الأول بصورية عقد شراء الطاعن، ومحكمة أول درجة بعد أن ضمت الدعويين أحالتهما للتحقيق وإستمعت للشهود وبتاريخ ١٩٩٣/٣/٢٤ حكمت برفض دعوى صحة ونفاذ عقد البيع سالف الذكر لصوريته وندب خبير في دعوى الشفعة، وبعد أن أودع الخبير تقريره حكمت للمطعون ضده الأول بطلباته.

(الطعن ٢٤٠٥ لسنة ٦٣ق – جلسة ٢٠٠٤/٣/٢٢ لم ينشر بعد)

٢١ – لما كان من المقرر – في قضاء هذه المحكمة – أنه متى كان العقد صورياً فإنه يعد غير موجود قانوناً حتى لو سجل، وأن العقد الصوري المبنى على الغش والتدليس لا يصححه التسجيل، وأنه وإن كان مفاد نص المادة ٩٣٨ من القانون المدنى أنه إذا صدر من مشترى العقار المشفوع فيه بيع لمشتر ثاني قبل أن تعلن أية رغبة في الأخذ بالشفعة أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة فإنه يسرى في حق الشفيع، ولا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشترى الثاني وبالشروط التى إشترى بها إلا أن ذلك مشروط بألا يبكون البيع صورياً، فإذا إدعى الشفيع صوريته وأفلح في إثبات ذلك إعتبر البيع الصادر من المالك للمشترى الأول قائماً وهو الذى يعتد به في الشفعة دون البيع الثاني الذى لا وجود له، ما يغنى عن توجيه الشفيع عن طلب الشفعة إلى المشترى الثاني، وأنه يجب إثبات الصورية في مواجهة المشترى الثاني لأنه صاحب الشأن الأول في نفى الصورية وإثبات جدية عقده ليكون الحكم الذي يصدر بشأن عقده حجة له أو عليه، فإنه يكفى لسلامة إجراءات الشفعة إذا ما أصر الشفيع على طلب

الشفعة في البيع الأول رغم إخطاره بحصول البيع الثاني قبل تسجيله إعلانه برغبتـه في الأخذ بالشفعة أن يصدر لصالحه حكم بصورية البيع الثاني في مواجهة المـشترى ويتحقق ذلك إما بإختصامه إبتداء في دعوى الشفعة مع تمسكه بـالبيع الأول ودفعـه صورية البيع الثاني صورية مطلقة وإما بإدخاله في الدعوى أثناء نظرها وقبل الفصل فيها أو بتدخله هو فيها، وعندئذ يتعين على المحكمة أن تفصل في الإدعاء بالـصورية إذ يتوقف مصير دعوى الشفعة على ثبوت الصورية من عدمه، وصدور حكم لـصالح الشفيع بالصورية يصحح إجراءات الشفعة في البيع الأول دون إختصام المشترى.

(**الطعن ٢٩٧٥ لسنة ٦٣ق – جلسة ٢٠٠٤/٥/٢٥ لم ينشر بعد**)

* * *

obeikan.com

مـــادة (٩٣٩)

١ـ لا يجوز الأخذ بالشفعة

(أ) إذا حصل البيع بالمزاد العلنى وفقاً لإجراءات رسمها القانون.

(ب) إذا وقع البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة، أو بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية.

(ج) إذا كان العقار قد بيع ليجعل محل عبادة أو أو ليلحق بمحل عبادة.

٢ـ ولا يجوز للوقف أن يأخذ بالشفعة

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى الأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٩٤٣ لسبى و ١١٣٤ عراقى و ٢٤٤ و ٢٤٥ لبنانى و ٧٥١ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

المادتان ١٣٨٦ و١٣٨٧ توافقان المواد ٣ و٤ و٦ و٩ من قانون الشفعة الحالى بعد أن حذفت من المادة ٣ من القانون الحالى عبارة لعدم إمكان القسمة بين الشركاء عيناً أو لنزع الملكية قهراً لغموضها ولعدم الحاجة إليها. قد امتدت قرابة الحواشى المانعة من الأخذ بالشفعة إلى الدرجة الرابعة، وذلك بقصد التضييق فى الأخذ بالشفعة كما تقدم. وغنى عن البيان أن الشفعة بالمزاد العلنى الذى يمنع فيه الأخذ بالشفعة يستوى الأمر أن يكون جبرياً أو اختيارياً، فإن حكمة المنع متوافرة فى الفرضين، إذ يستطيع الشفيع أن يدخل فى المزاد[١].

رأى الفقه:

١- يبين من نص المادة ٩٣٩ مدنى أن هناك موانع من الأخذ بالشفعة تتعلق بالبيع الذى يؤخذ بها فيه. وموانع الشفعة غير مسقطاتها، فالمانع يلغى الشفعة ابتداء، أما المسقط فيلغى الشفعة بعد أن تقوم. فإذا باع زوج لزوجته عقاراً قام هنا مانع من الأخذ بالشفعة فيلغى الشفعة منذ البداية وإذا نزل الشفيع عن الشفعة، أو لم يأخذ بها فى مواعيدها المقررة، أو لم يراع الإجراءات المرسومة لها، أو انقضت أربعة أشهر منذ تسجيل البيع دون أن يأخذ بها، فإن الشفعة تسقط إنهاء بعد أن قامت ابتداء. وهذه الضوابط تغنينا عن حصر موانع الشفعة ومسقطاتها، فحيث لا تقوم الشفعة ابتداء فى بيع عقار فهناك مانع، وحيث تضيع الشفعة بعد قيامها فهناك مسقط.

وليس ما ورد فى المادة ٩٣٩ مدنى هى كل موانع الشفعة المتعلقة بالبيع، فهناك موانع أخرى مثل ما نصت عليه المواد ٤ مكرراً من قانون الإصلاح الزراعى والمادة ٥٨ من القانون ١٠٠ لسنة ١٩٦٤[٢].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى – الجزء ٦ ص ٤٠٥ وما بعدها.
(٢) الوسيط – ٩ – للدكتور عبدالرازق السنهورى – المرجع السابق – ص ٥٢٤ وما بعدها.

٢- نص القانون المصرى على بعض حالات يمتنع فيها الأخذ بالشفعة مع توافر شروطها، نصت عليها المادة ٩٣٩ من القانون المدنى.

فالحالات التى لا تجوز الشفعة فيها – هى:

١- إذا حصل البيع بطريق المزاد وتحت إشراف القضاء وفقاً للإجراءات الواردة فى قانون المرافعات.

٢- إذا حصل البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة أو بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية (م ٣٦ وما بعدها من القانون المدنى).

٣- ما يجعل محلاً للعبادة أو ليلحق بمحل عبادة[١].

كل البيوع الصحيحة تجوز فيها، غير أن المشرع استثنى بعض البيوع فلم يجيز فيها طلب الشفعة ممن اشترى العقار. وقد أوردت المادة ١/٩٣٩ مدنى ثلاثة أنواع من البيوع لا تجوز الشفعة فيها، وهى البيع بالمزايدة، والبيع للأقارب وما بيع ليجعل محل عبادة. وهناك بيوع أخرى منع قانون الإصلاح الزراعى كلب الشفعة فيها وهى تصرف المالك فيما يزيد على قدر معين من أرضه، والأراضى الموزعة على المعدمين من الفلاحين.

وحكمة الاستثناء بالنسبة للبيوع بالمزايدة ظاهرة، حيث فى إمكان الشفيع أن يحضر جلسات المزايدة، فإذا هو لم يشترك فقد أضاع حقه.

والشفعة غير جائزة سواء بيع العقار بالمزايدة بواسطة القضاء أو بواسطة الإدارة ما دام البيع قد تم وفقاً لإجراءات رسمها القانون.

أما البيع بالمزاد العلنى الذى يجريه الأفراد من تلقاء أنفسهم وبدون أن يتم تحت نظر القضاء، فهو لا يمنع الشفعة لعدم توافر الضمانات التى توجد فى البيوع الحاصلة أمام القضاء.

أما حكمة الاستثناء بالنسبة للبيع للأقارب، فإن تلك البيوع تراعى فيها فى كثير من ذوى الأحيان إعتبارات شخصية، فللبائع مصلحة محققة فى أن يؤول العقار إلى واحد من ذوى قرباه لا إلى أجنبى – وتمتنع الشفعة حتى لو كان الشفيع هو الآخر قريباً للبائع، وحتى لو كان أقرب له من المشترى، ليس هنا مجال للتفاضل، إذ البيع تمتنع فيه الشفعة أصلاً.

أما حكمة الاستثناء بالنسبة لما يبيعه المالك زيادة على القدر الجائز تملكه وفقاً لقانون الإصلاح الزراعى، وفيما توزعه الحكومة من الأراضى المستولى عليها، وأن القانون قد حرص على ألا يستفيد من هذا الاستثناء غير أشخاص حددهم بالذات، فهو لم يجز التصرف فيما جاوز الحد الجائز تملكه، وهو القدر الذى للحكومة الاستيلاء عليه، إلا فى حالات خاصة ولأشخاص معينين وبشروط محدودة، وهذه الشروط تقوم فضلاً عن ذلك على أساس إعتبارات اجتماعية أو اقتصادية معينة، ولذلك امتنعت فيها الشفعة[٢].

---

(١) الحقوق العينية الأصلية – للدكتور محمد على عمران – المرجع السابق – ص ١٣٢ وما بعدها.

(٢) حق الملكية – للدكتور عبدالمنعم البدراوى – المرجع السابق – ص ٣٨٣ وما بعدها.

٤- إذا كان الأصل أن الشفعة تجوز فى البيوع، فثمة بيوع لا تجوز الشفعة فيها استثناء، لإعتبارات تختلف من حالة إلى أخرى وتتعلق بالظروف التى تم فيها البيع والغرض منه، وذلك حسبما جاء بنص المادة ١/٩٣٩ مدنى فبالنسبة للبيع بالمزاد يشترط أن يكون علنياً - وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بجواز الشفعة فى بيع أراضى الحكومة بطريقة المظاريف المغلقة حيث لا تتوفر العلانية التى تسمح لراغب الشراء بمتابعة الزيادة (نقض - جلسة ١٩٤٧/١١/٢٧ - مجموعة القواعد - ٢٥ عاماً - جزء ١ - ص ٧١٥) كما يشترط أن يتم المزاد وفقاً لإجراءات رسمها القانون، لأن هذه الإجراءات تكفل العلانية الكافية، ليعلم بالبيع كل راغب فى الشراء، وتؤدى إلى إيقاع البيع حتماً على صاحب العطاء الأكبر. ويستوى تكون الإجراءات هى الإجراءات المنصوص عليها فى قانون المرافعات أو إجراءات منصوص عليها فى أى قانون آخر لكن إذا باعت جهة إدارية عقاراً بالمزاد العلنى متبعة فى ذلك إجراءات رسمتها هى دون قانون، فيجوز الشفعة فى هذا البيع. ولذلك قضت محكمة النقض بجواز الشفعة فى البيع الذى أجراه الحارس على أموال الرعايا الألمان بالمزاد، لأن هذا المزاد لم يتم وفقاً لإجراءات رسمها القانون، إذ أن الحارس ضمن قائمة شروط البيع ضرورة موافقة على الثمن الرأسى به المزاد وعلى حقه إلغاء البيع بدون أسباب، وهذه شروط تنطق بأن مثل هذا البيع ولو أنه يتم بالمزاد، إلا أنه لا يتفق مع ما هو منصوص عليه قانوناً بشأن البيوع الجبرية ووجوب رسو المزاد حتماً على صاحب آخر عطاء بدون مصادقة أحد.

(نقض - جلسة ١٩٥٦/٥/١٧ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٧ - ص ٦٠٧) [١].

٥- يسقط طلب الشفعة - فى المادة ١٣٤ أمن القانون المدنى العراقى - إذا كان العقار قد بيع بالمزايدة العلنية قضاء أو إدارة. ومعنى ذلك أنه لا يقبل طلب الحلول محل المشترى من أى واحد من أولئك الذين يستندون إلى حق الشفعة بالشركة والجوار. وإنما منعت الشفعة فى البيع بالمزايدة توطيداً لمعاملة البيع وضماناً للمشترين بأن لا يقطع عليهم الشراء شخص غير مزايد وبذلك يضمن للبائع أكثر ثمن يمكن الوصول إليه. إذ لو عرف المشترون أن هناك شفيعاً يتربص للبائع فينال العقار بالثمن الذى أبلغوه إليه لما تقدم منهم أحد فى بيع لا فائدة يرجو من ورائه[٢].

من أحكام القضاء الحديثة:

١- إذا كان المشترى قد تمسك بعدم جواز الشفعة فى أرض اشتراها بطريق الممارسة من مصلحة الأملاك روعى فى تقديره إعتبارات خاصة، وكان الحكم إذ قضى بالشفعة لم يرد على هذا الدفاع الجوهرى، فإنه يتعين نقضه. ذلك أنه متى كان البيع مقصوراً على أشخاص معينين فلا يمكن حصوله لغيرهم مهما ألحت عليهم الحاجة فى شرائها ومهما زايدوه على أثمانها، ويعتبر البيع فى هذه الأحوال متراوحاً بين البيع والهبة والصلح، لأن تقدير الثمن تراعى فيه إعتبارات تتعلق بشخصية

(١) حق الملكية - للدكتور منصور مصطفى منصور - المرجع السابق - ص ٣٣٤ وما بعدها.
(٢) الملكية العقارية فى العراق - للأستاذ حامد مصطفى - جزء ١ - ص ٢٦٠.

المشترى من ناحية وبمصالح عليا اجتماعية وسياحية من الناحية الأخرى، وكل ذلك لا يمكن تقديره بثمن.

(نقض – جلسة ١٩٥٦/٢/١٦ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٦ ص ٢٣٠)

٢- النص فى المادة الأولى من القانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٦٩ على أنه لا يجوز لأى فرد أن يمتلك من الأراضى الزراعية وما فى حكمها أكثر من خمسين فداناً وكل تعاقد ناقل للملكية يترتب عليه مخالفة هذه الأحكام يعتبر باطلاً ولا يجوز شهره، مفاد اتصال هذا الخطر بالنظام العام فيسرى حكمه بأثر مباشر على كل من يمتلك وقت العمل بهذا القانون أرضاً زراعية تتجاوز القدر المسموح به، كما يسرى هذا الخطر على المستقبل، ويكون على المحكمة أن تعلمه من تلقاء نفسها، كما يجوز لكل ذى مصلحة أن يتمسك به، فمتى تبين أن الحكم بالشفعة يؤدى إلى تملك الشفيع لأكثر من خمسين فداناً فإن الحكم المطعون فيه لا يكون قد خالف القانون فيما انتهى إليه من أن الحكم بالشفعة من شأنه مخالفة ما نصت عليه المادة المشار إليها، ذلك أن حكم الشفعة وإن كان سبباً مستقلاً لكسب الملكية، إلا أنه يأخذ حكم العقد لأن الملكية فى هذه الحالة تكتسب بعمل إرادى من جانب الشفيع وهو ما هدف المشرع إلى تحريمه بالمادة الأولى من القانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٦٩ وأكده فى المادة السابعة منه حين عرض لتسوية الأوضاع المترتبة على زيادة الحد الأقصى المقرر قانوناً بسبب الميراث أو الوصية أو غير ذلك من طرق كسب الملكية بغير طريق التعاقد.

(نقض – جلسة ١٩٧٦/١٢/٩ – المرجع السابق – السنة ٢٧ – ص ١٧٣٣)

٣ – تعدد البائعين لحصة شائعة. أخذ نصيب بعضهم بالشفعة. مؤداه. إنتقاص المبيع على المشترى والإضرار به. أثر ذلك. عدم جواز الشفعة في الصفقة بأكملها.

إذ كان البين من مطالعة عقد البيع المأخوذ بالشفعة فيه أن البائعين قد باعوا إلى الطاعنة فيما بينهم مساحة ٤ط شائعة في كامل أرض وبناء المنزل الموصوف فيه مقابل ثمن إجمالى مقداره ٤٢٠ جنيه دفع منه جزء إلى البائعين والباقى عند التسجيل فإن هذا البيع وقد تم بطريق المشاع فيما بين البائعين يقطع بإنصراف إرادة المتعاقدين إلى وحدة الصفقة رغم تعدد البائعين فيه وبالتالي إعتبار البيع صادراً منهم جميعاً. لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد إنتهى في قضائه إلى إستبعاد نصيب أحد البائعين إلى الطاعنة المشترية بإعتباره زوجاً لإبنتها بما لا تجوز معه الشفعة فيما باعه عملاً بالبند (ب) من الفقرة الأولى من المادة ٩٣٩ من القانون المدني فإن لازم ذلك في صحيح القانون إمتناع الشفعة في الصفقة بأكملها إذ أن القول بغير ذلك – والحصة المبيعة بأكملها شائعة – يؤدى إلى بقاء هذا النصيب المستبعد في يد الطاعنة المشترية مع ما في هذه الحالة من إنتقاص المبيع عليها بما يترتب عليه الإضرار بها لأن الإختصاص بحصة شائعة أقل يضعف مركز الشريك بين شركائه ويقلل من حجم إنتفاعه بما إشترى حالاً ومالاً بعد القسمة وهو ما لا يجوز.

(الطعن ١٩٩٥ لسنة ٥٥ق – جلسة ١٩٩٥/٢/٩ س٤٦ ص٣٦٦)

٤ – حق الشفيع في الأخذ بالشفعة. نشوؤه بالبيع مع قيام المسوغ. العين المشفوعة لا تعتبر ملكاً للشفيع – في غير حالة التراضى – إلا بحكم نهائى قاض

بالشفعة. لازمه. صيرورة العين المشفوع فيها مسجداً سلم للأوقاف إدارته قبل صدور الحكم النهائي المثبت للشفعة. أثره. عدم جواز أخذها بالشفعة.

لما كان قيام حق الشفيع في طلب الأخذ بالشفعة إنما ينشأ بالبيع مع قيام المسوغ، إلا أن العين المشفوعة لا تصير في ملك الشفيع – في غيرحالة التراضى – إلا بالحكم النهائي القاضى بالشفعة بما لازمه أنه إذا ما صارت العين المشفوعة مسجداً تسلمه وزارة الأوقاف لإدارة شئونه قبل صدور الحكم النهائي المثبت للشفعة إمتنع على الشفيع أخذها بالشفعة بعد أن خرجت من ملك العباد عموماً إلى ملك الله تعالى.

(الطعن ٦٩٠٨ لسنة ٦٦ق جلسة ١٩٩٧/١١/٣٠ س٤٨ ص١٣٧٤)

٥ – بيع العقار المشفوع به ليجعل محل عبادة أو لإلحاقه بمحل عبادة. إعتباره مانعاً من موانع الأخذ بالشفعة. م٩٣٩ مدني. علة ذلك.

إذ كان من الواقع الأخذ بالشفعة وعلى ما أوردته المادة ٩٣٩ من القانون المدني أنه لا يجوز الأخذ بالشفعة إذا كان العقار بيع ليجعل محل عبادة أو ليلحق بمحل عبادة بما مفاده أن المشرع حفاظاً منه وتقديراً لهذا الغرض الدينى الذى تم البيع من أجله منع الأخذ بالشفعة في هذا البيع لأن الشفعة ما شرعت أصلاً إلا لدفع المضار التى تلحق بالشفيع ولا يسوغ التضرر من دار للعبادة وفى القضاء بالشفعة في هذه الحالة ما ينافى طبيعة العقد وتفويت للأغراض المنشودة منه.

(الطعن ٦٩٠٨ لسنة ٦٦ق – جلسة ١٩٩٧/١١/٣٠ س٤٨ ص١٣٧٤)

٦– حيث أن مبنى الطعن الماثل مخالفة نص الفقرة (ب) من البند (١) من المادة (٩٣٩) من القانون المدني للمادة الثانية من الدستور لخروجه– فيما قرره من عدم جواز الأخذ بالشفعة إذا وقع البيع بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية– على مبادئ الشريعة الإسلامية التي لا تمنع الأخذ بالشفعة في جميع البيوع، وكان البين مما تقدم أن القيد المقرر بمقتضى هذه المادة بعد تعديلها من ٢٢ مايو سنة ١٩٨٠– والمتضمن إلزام المشرع بعدم مخالفة مبادئ الشريعة الإسلامية– لا يتأتى إعماله بالنسبة للتشريعات السابقة عليه، ومنها نص المادة (٩٣٩) من القانون المدني الصادر عام ١٩٨٤، وكان هذا النص لم يلحقه أي تعديل بعد التاريخ المذكور، فإن النعي عليه بمخالفته المادة الثانية من الدستور– وأيا كان وجه الرأي في مدى تعارضه معها– يكون غير سديد، الأمر الذي يتعين معه الحكم برفض الدعوى.

(الطعن رقم ١٢٧ ـ لسنة ٢٢ ق ـ تاريخ الجلسة ١٢ / ٠٥ / ٢٠٠٢)

٧– حيث إن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن شرط المصلحة الشخصية المباشرة يعد شرطا لقبول الدعوى الدستورية، ومناطها أن يكون ثمة ارتباط بينها وبين المصلحة القائمة في الدعوى الموضوعية، وذلك بأن يكون الحكم في المسائل الدستورية لازما للفصل في الطلبات المرتبطة بها المطروحة على محكمة الموضوع. إذ كان ذلك، وكان النزاع الموضوعي يدور حول مدى جواز الأخذ بالشفعة في بيع عقار تم بين أصهار لغاية الدرجة الثانية، فإن مصلحة المدعين في الدعوى الدستورية تحدد بالطعن على ما تضمنه نص المادة (٩٣٩) من القانون المدني الأخذ بالشفعة إذا وقع البيع بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية.

(الطعن رقم ١٢٧ ـ لسنة ٢٢ ق ـ تاريخ الجلسة ١٢ / ٠٥ / ٢٠٠٢)

إجراءات الشفعة

مادة (٩٤٠)

على من يرغب الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشترى خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الإنذار الرسمى الذى يوجهه إليه البائع أو المشترى وإلا سقط حقه. ويزاد على تلك المدة ميعاد المسافة إذا اقتضى الأمر ذلك.

النصوص العربية المقابلة:

مادة ٩٤٤ ليبى و ١١٣٨ عراقى و ٧٥٢ سودانى و ٢٤٧ لبنانى.

رأى الفقه:

١- الحق فى الشفعة يثبت إما بالتراضى أو بالتقاضى وهو يثبت بالتراضى متى سلم المشترى للشفيع بالشفعة عن رضاء منه فيحل الشفيع محل **المشترى فى الصفقة التى عقدها هذا الأخير مع البائع، ويكون على الشفيع** التزامات المشترى وله حقوقه التى ستتبين عند الكلام فى آثار الأخذ بالشفعة. ويصح التسليم بالشفعة فى أى وقت إلى يوم رفع دعوى الشفعة ومتى حصل التسليم بالشفعة وجب تسجيل هذا التسليم حتى تنتقل ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع، وهذا يقتضى أن يكون التسليم مكتوباً، وأن تتخذ الإجراءات المقررة فى القانون للتسجيل. ولكن الشفعة أكثر ما يؤخذ بالتقاضى، وقل أن يسلم المشترى للشفيع بالشفعة. ولو كان التسليم فى نيته لتردد كثيراً قبل أن يقدم على الشراء، وذلك ما لم يكن يجهل وجود الشفيع أو كان يعلم بوجوده ولكنه يعتقد أنه لا يأخذ بالشفعة. وللتقاضى بالشفعة إجراءات رسمها القانون ومواعيد محددة تجب مراعاتها فهناك إجراءات تسبق إيداع الثمن ورفع دعوى الشفعة، وأول هذه الإجراءات هو الإجراء الذى يرمى إلى إخبار الشفيع بوقوع البيع، ويكون ذلك بإنذار رسمى يوجه إليه من المشترى أو من البائع ويلى علم الشفيع بوقوع البيع عن طريق الإنذار الرسمى أن يبدى الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة بإعلان رسمى لكل من المشترى أو من البائع، وذلك فى ميعاد معين ثم يسجل الشفيع إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة[1].

٢- المادة ٩٤٠ مدنى صريحة فى القانون أن يكون إعلان الرغبة لكل من البائع والمشترى. فإذا أعلن الشفيع رغبته إلى أحدهما ولم يعلن الآخر فى الميعاد القانونى سقط حق الأخذ بالشفعة. ويلاحظ أن الإعلان يكون غير واجب إذا رفعت الدعوى فى خلال الخمسة عشر يوماً المقررة لإعلان الرغبة، لأن القانون لا يوجب الفصل ما بين إعلان الرغبة ورفع الدعوى، فيصبح إذن أن يجمع الشفيع بين إعلان الرغبة وصحيفة الدعوى، وعندئذ يقوم إعلان صحيفة الدعوى لكل من البائع والمشترى فى الميعاد السابق فقام إعلان الرغبة الرسمى ويسقط الحق فى الأخذ بالشفعة إذا لم يعلن الشفيع رغبته فى خلال الخمسة عشر يوماً التالية للإنذار الرسمى الذى يوجهه إليه البائع أو المشترى، ولا يعتد بعلم الشفيع.

---

(١) الوسيط – ٩ – للدكتور السنهورى – المرجع السابق – ص ٦٢٤ وما بعدها.

والعبرة فى حساب الميعاد هى بحصول الإعلان للبائع والمشترى لا بتقديمه إلى قلم المحضرين. وللشفيع أن يعلن رغبته حتى اليوم الخامس عشر وهو اليوم الأخير من الميعاد. واليوم الأول الذى تسلم فيه الشفيع الإنذار لا يدخل فى حساب هذه الأيام كما هى القاعدة العامة.

ويلاحظ أن نص المادة ٩٤٠ مدنى الذى يوجب إعلان الرغبة فى مدة معينة من تاريخ الإنذار لا يمنع الشفيع من إعلان رغبته بمجرد علمه بالبيع دون إنتظار للإنذار الذى يوجهه إليه المشترى أو البائع(١).

٣- الإنذار الرسمى الذى يشير إليه نص المادة ٩٤٠ مدنى ليس إجراءاً ضرورياً يتعين إتخاذه فى جميع الأحوال، وإنما هو إجراء الغرض منه تمكين كل من البائع أو المشترى من وضع حد لموقف الشفيع، وذلك بإعلانه رسمياً بحصول البيع ليحدد موقفه، فإما أن يطلب الشفعة وتسير الإجراءات، وإما أن يفوت الميعاد فيسقط حقه فيها فتستقر الأمور(٢).

٤- متى أنذر الشفيع وأورد الأخذ بالشفعة، فعليه أن يعبر عن رغبته فى الأخذ بها. ويجب أن يكون هذا الإعلان عن الرغبة فى الرغبة فى الشفعة رسمياً وإلا كان باطلاً. ورسمية هذا الإعلان تقتضى إتمامه على يد محضر، فلا يغنى عن الرسمية أن يتم الإعلان بكتاب مسجل ولو كان مصحوباً بعلم وصول، بل لابد أن يتم هذا الإعلان على يد محضر وتنص المادة ٩٤٠ مدنى على وجوب أن يتم هذا الإعلان إلى كل من البائع والمشترى من جهة، ومن أخرى فإن الميعاد الذى يجب أن يتم فيه الإعلان هو خمسة عشر يوماً من تاريخ الإنذار (وهو الذى يوجهه إلى الشفيع أى من المشترى أو البائع) ويضاف إلى الميعاد ميعاد المسافة إذا كان لذلك مقتضى فإذا اكتفى الشفيع بتوجيه إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة إلى البائع فقط أو إلى المشترى فقط سقط حقه فى المطالبة بالشفعة. فالبائع والمشترى هما الخصوم فى دعوى الشفعة، ووجب تبعاً لذلك أن يوجه الإعلان الرسمى فى الأخذ بالشفعة إليها، بيد أن ميعاد الخمسة عشر يوماً والذى ينتهى عنده ميعاد إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة يفترض بالضرورة وحتماً أن يتم إنذار البائع أو المشترى بحصول البيع المشفوع فيه. فعلى الشفيع أن يعبر عن رغبته فى الأخذ بالشفعة خلال أربعة أشهر من يوم تسجيل البيع المشفوع فيه، سواء أكان الشفيع حاضراً أم غائباً، فما دام الشفيع لم ينذر فإن حقه فى طلب الشفعة لا يسقط إلا إذا مضت أربعة أشهر من يوم تسجيل البيع. وأما إذا لم يكن البيع قد سجل فلا يسقط حق الشفيع فى المطالبة بالشفعة إلا بمرور خمس عشرة سنة على وقت إبرام البيع المشفوع فيه تطبيقاً للقواعد العامة. ويلاحظ أن مدة الخمسة عشر يوماً أو الأربعة أشهر، وهى المدة التى يجب على الشفيع أن يعبر فيها عن رغبته فى الأخذ بالشفعة تعتبر مدة سقوط لا مدة تقادم، إذ أنها مدة حتمية يجب على الشفيع أن يعلن عن رغبته فى الأخذ بالشفعة وإلا سقط حقه فيها، ومن ثم فإن هذه المدة لا تقبل الوقف

(١) حق الملكية – للدكتور عبدالمنعم البدراوى – المرجع السابق – ص ٣٩٠ وما بعدها.
(٢) حق الملكية – للدكتور منصور مصطفى منصور – المرجع السابق – ص ٣٤٢.

أو الانقطاع، كما يذهب إلى ذلك الفقه فى مجموعة، وإن قلت (فيما يرى الدكتور محمد عمران) الوقف إذا استحال الشفيع بسبب القوة القاهرة أن يطالب بالشفعة. ولا يمكن الإعلان عن الرغبة فى الأخذ بالشفعة حجة على الغير إلا إذا سجل[١].

٥- على الشفيع أن يعلن رغبته فى أخذ العقار المبيع بالشفعة. ولم يجعل القانون العلم بالبيع مبدأ لإعلان هذه الرغبة كما هو نص المجلة، وذلك تحاشياً للخلاف الذى يقع فى وجود العلم وعدمه ومشقة وضع حد مادى يضبط به هذا المبدأ، بل إن كل البائع والمشترى لما لهما من المصلحة فى معرفة رغبة الشفيع فى إستعمال حقه أو عدمها، فلهما بعد ذلك أن يمهلاه خمسة عشر يوماً يتعرض حقه بعدها للسقوط أو أن يمدا له الأجل إلى ستة أشهر. ذلك لأن القانون قد حملها على إصدار إنذار رسمى إليه يكون مبدأ لمدة قصيرة هى خمسة عشر يوماً، ويبدأ سريان هذه المدة من تاريخ تسليم الشفيع الإنذار. ومن صدر منه هذا الإنذار – البائع أو المشترى – هو الذى يحدد الطريقة الرسمية التى يختارها للإنذار، فقد يكون ذلك بكتاب صادر من الكاتب العدل أو ببلاغ من المحكمة أو من دائرة الطابور وإذا لم يصدر من البائع أو المشترى إنذار إلى الشفيع، فإن حقه فى طلب الشفعة يبقى قائماً كل المدة الطويلة، ولا سبيل لهما إلى إثبات علمه من طريقة أخرى[٢].

من أحكام القضاء الحديثة:

١- أوجب المشرع فى المادة ٩٤٠ من القانون المدنى على من يريد الأخذ إعلان رغبته فيها إلى كل من البائع والمشترى خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الإنذار الرسمى الموجه من أيهما إليه وإلا سقط حقه، على إعتبار أن هذا الإنذار هو الذى تحقق به علم الشفيع بوقوع البيع، فقد افترض ألا يقوم البائع أو المشترى بإنذار الشفيع بوقوع البيع، فقد افترض ألا يقوم البائع أو المشترى بإنذار الشفيع بحصول البيع أو أن يقع الإنذار باطلاً، فيظل الحق فى الشفعة قائماً مع أنه حق استثنائى يخل بحق المالك فى التصرف لمن يريد. وتلافياً لذلك جعل المشرع سبيلاً ميسراً للمشترى يطمئن معه إلى سقوط الحق فى الشفعة بإنقضاء أربعة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع.

(جلسة ١٩٦٩/١٢/٢٥ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٢٠ – مدنى – ص ١٣٥٠)

٢- لئن كان علم الشفيع بحصول البيع لا يعتبر ثابتاً فى نظر الشارع فى القانون المدنى القائم إلا من تاريخ الإنذار الرسمى الذى يوجهه إليه البائع أو المشترى ولا يسرى ميعاد الخمسة عشر يوماً الذى يسقط حق الشفيع إذا لم يعلن رغبته فى الأخذ بالشفعة قبل إنقضائه إلا من تاريخ هذا الإنذار، مما مؤداه أنه لا إلزام على الشفيع بإعلان رغبته إلا بعد إنذار من المشترى أو البائع ولو علم بالبيع قبل ذلك، فإنه يستطيع مع هذا أن يبادر بإعلان رغبته بمجرد علمه بالبيع دون إنتظار وصول الإنذار إليه إذ ليس فى القانون ما يمنعه من ذلك، ولم يقصد المشرع بما أورده فى المادة ٩٤٠ مدنى تحديد بداية الأجل الذى يجوز للشفيع فيه إعلان رغبته أو أن يجعل من

---

(١) الحقوق العينية الأصلية – للدكتور محمد على عمران – المرجع السابق – ص ١٣٨ وما بعدها.
(٢) الملكية العقارية فى العراق – للأستاذ حامد مصطفى – جزء ١ ص ٢٣٦.

إنذار المشترى والبائع إجراء حتمياً يتوقف على إتخاذه صحة إعلان الرغبة وإنما قصد الشارع بين لزوم هذا الإنذار لسريان ميعاد الخمسة عشر يوماً المقرر لسقوط حق الشفيع.

(جلسة ١٩٦٨/١٢/٢٦ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ١٩ – مدنى – ص ١٥٩٤)

٣– وجوب إعلان الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إنذاره رسمياً من البائع أو المشترى وإلا سقط حقه – للشفيع إعلان رغبته دون إنتظار وصول الإنذار إليه.

(نقض – جلسة – ١٩٨١/٣/١٧ – الطعن رقم ٨٢٢ لسنة ٤٧ق)

٤– العبرة فى إحتساب ميعاد الخمسة عشر يوماً المنصوص عليها فى المادة ١٩ من قانون الشفعة السابق (المقابلة للمادة ٩٤٠ مدنى) هى بحصول الإعلان فعلاً إلى البائع والمشترى لا بتسليم العريضة لقلم المحضرين.

(جلسة ١٩٤٩/١٢/٢٩ – مجموعة القواعد القانونية – ٢٥ عاماً – ص ٧١٩)

٥– لم يقصد المشرع بنص المادة ٩٤٠ من القانون المدنى أن يجعل من هذا الإنذار عرضاً ينعقد بموجبه عقد بين المشترى ولشفيع يلتزم به الأول بنقل ملكية العين إلى الثانى إذا رد عليه بالقبول، وإنما أراد المشرع أن يقضى على كافة ضروب المنازعة التى كانت تثور فى شأن علم الشفيع بالبيع المثبت للشفعة وأن يتخذ من هذا التاريخ بدءاً لتحديد المدة المقررة بسقوط حق الشفيع فى الأخذ بالشفعة فى حالة إبداء رغبته خلال تلك المدة أو بدء الافتتاح إجراءات الشفعة، فهو ذلك الذى يتم بقبول المشترى بعد إبداء الشفيع رغبته فى الشفعة.

(جلسة ١٩٥٩/٥/١٤ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ١٠ – مدنى – ص ٤٢٦)

٦– وجوب إعلان الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إنذاره رسمياً من البائع أو المشترى وإلا سقط حقه (م ٩٤٠ مدنى) – للشفيع إعلان رغبته دون إنتظار وصول الإنذار إليه.

(نقض – جلسة ١٩٨١/٣/١٧ – الطعن ٨٢٢ لسنة ٤٧ق)

٧– توجيه إجراءات الشفعة إلى طرفى عقد البيع محل الشفعة. وجوب مراقبته لما يطرأ على أطرافه من تغيير فى الصفة أو الحالة وقت مباشرة هذه الإجراءات ليوجه إليهم إجراءات الشفعة بالوضع الصحيح الذى أصبحوا عليه وقت إتخاذها.

(نقض – جلسة ١٩٨٠/٢/١٢ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٣١ – مدنى – ص ٤٨١)

٨ – دعوى الشفعة. وجوب إقامتها خلال الثلاثين يوماً التالية لإعلان الشفيع رغبته. عدم تعليق بدء هذا الميعاد على إنقضاء ميعاد إعلان الرغبة. م٩٤٠ مدني. متى أعلن الشفيع رغبته رسمياً إلى كل من البائع والمشترى ولو كان ذلك قبل إنذاره من أيهما فإن هذا الإعلان ينتج آثاره القانونية فيسرى من تاريخه ميعاد الثلاثين يوماً الذى أوجب القانون أن يتم في خلال رفع دعوى الشفعة وإلا سقط الحق في الأخذ بها دون تعليق ذلك على إنقضاء ميعاد الخمسة عشر يوماً الواردة في المادة ٩٤٠ من القانون المدني.

(الطعن ١١٤٩ لسنة ٥٨ق – جلسة ١٩٩٤/٣/٣٠ س٤٥ ص٥٧٦)

٩ – دعوى الشفعة. وجوب إختصام البائع والمشترى وإن تعددوا. قصر الخصومة فيها على بعضهم في الميعاد دون – إختصام الآخرين. أثره. سقوط الحق في الشفعة. دعوى الشفعة من الدعاوى التى يوجب القانون فيها على الشفيع إختصام أشخاص معينين وهم البائع والمشترى وإن تعددوا – ولا يغنى قصر الخصومة فيها على بعضهم في الميعاد المحدد لرفعها – دون إختصام الآخرين في ذات الميعاد وألا سقط الحق فيها

(الطعن ١١٤٩ لسنة ٥٨ق جلسة ١٩٩٤/٣/٣٠ س٤٥ ص٥٧٦)

١٠ – وجوب إعلان الشفيع. رغبته في الأخذ بالشفعة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إنذاره رسمياً من البائع أو المشترى وإلا سقط حقه. م٩٤٠ مدني. للشفيع إعلان رغبته دون إنتظار وصول الإنذار إليه.

لئن كان علم الشفيع بحصول البيع وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة لا يعتبر ثابتاً فى نظر المشرع في القانون المدني إلا من تاريخ الإنذار الرسمي الذى يوجهه إليه البائع أو المشترى مما مؤداه أنه لا إلزام عليه بإعلان رغبته في الأخذ بالشفعة إلا بعد إنذاره منها ولو علم بالبيع قبل ذلك إلا أنه له المبادرة بإعلان تلك الرغبة بمجرد علمه بحصول البيع دون إنتظار وصول الإنذار إذ ليس في القانون مما يمنعه من ذلك إذ لم يقصد المشرع بما أورده في المادة ٩٤٠ من القانون المدني بداية الأجل الذى يجوز للشفيع إعلان رغبته فيه أو أن يجعل من الإنذار إجراء حتمياً يتوقف على إتخاذه صحة إعلان الرغبة وإنما قصد إلى بيانه لزومه لسريان الميعاد المقرر لسقوط حق الشفيع.

(الطعن ١١٤٩ لسنة ٥٨ق جلسة ١٩٩٤/٣/٣٠ س٤٥ ص٥٧٦)

١١ – صحف الدعاوى وطلبات أوامر الأداء. وجوب توقيعها من محام. م٣/٥٨ ق١٧ لسنة ٨٣ كفاية توقيعه على أصل الصحيفة أو إحدى صورها. أوراق إعادة إعلان صحيفة الدعوى أو إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة. عدم توقيعها من محام. لا بطلان.

المقرر – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن قصد المشرع من النص في المادة ٣/٥٨ من قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ الذى رفعت الدعوى في ظله على أنه " وكذلك لا يجوز تقديم صحف الدعاوى وطلبات أوامر الأداء للمحاكم الإبتدائية والإدارية إلا إذا كانت موقعة من أحد المحامين المقررين أمامها على الأقل " هو رعاية الصالح العام وتحقيق الصالح الخاص في ذات الوقت ذلك أن إشراف المحامي على تحرير صحف الدعاوى من شأنه مراعاة أحكام القانون في تحرير هذه الأوراق وبذلك تنقطع المنازعات التى كثيراً ما تنشأ بسبب قيام من لا خبرة لهم بممارسة هذه الشئون ذات الطبيعة القانونية مما يعود بالضرر على ذوى الشأن، وإذ حددت هذه الفقرة نطاق تطبيقها بصحف الدعاوى وأوامر الأداء فلا يسوغ تجاوز هذا النطاق إلى غير ذلك من أوراق المرافعات الأخرى للقول بالبطلان في حالة غير ذلك من أوراق المرافعات الأخرى للقول بالبطلان في حالة عدم توقيع المحامي عليها ومن

ثم فإنه لا يترتب البطلان على عدم توقيع أحد المحامين على أوراق إعادة إعلان صحيفة الدعوى أو إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة وقد أوجبت المادة ٦٥ من قانون المرافعات على المدعى أن يقدم إلى قلم الكتاب وقت تقديم صحيفة دعواه صوراً منها بقدر عدد المدعى عليهم وصورة لقلم الكتاب فإن توقيع المحامي على أصل الصحيفة أو على إحدى صورها يتحقق به الغرض الذى قصده المشرع من هذا النص.

(الطعن ٤٤٠٧ لسنة ٦١ق – جلسة ١٩٩٧/٦/١٤ س٤٨ ص٨٩١)

* * *

obeikan.com

مادة (٩٤١)

يشتمل الإنذار الرسمى المنصوص عليه فى المادة السابقة على البيانات الآتية والا كان باطلاً:

(أ) بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بياناً كافياً.

(ب) بيان الثمن والمصروفات الرسمية وشروط البيع واسم كل من البائع والمشترى ولقبه وصناعته وموطنه.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٩٤٥ ليبى و ١١٣٨ عراقى و ٧٥٣ سودانى و ٢٤٧ لبنانى.

رأى الفقه:

١- تفتتح إجراءات الشفعة بإنذار رسمى يوجه من البائع أو المشترى إلى الشفيع، الغرض منه إخطار الشفيع بوقوع البيع الذى يجوز الأخذ بالشفعة فيه، وبالثمن وبشروط البيع، حتى يتدبر الشفيع أمره، فإذا أراد الأخذ بالشفعة أعلن رغبته فى ذلك، وإذا تعدد الشفعاء ولو تفاوتت طبقاتهم، وجب أن يوجه الإنذار إلى كل منهم، حتى من كانت طبقته متأخرة، لاحتمال أن يترك الشفعاء المتقدمون شفعتهم فيأخذ المتأخر بالشفعة. ويجب أن يكون الإنذار رسمياً على يد محضر، فالإخطار الشفوى والمسجل ولو بعلم وصول لا يكفى لجعل ميعاد الخمسة عشر يوماً لإعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة يسرى.

ويجب أن يشتمل الإنذار على البيانات الآتية، وإلا كان باطلاً، فلا يسرى ميعاد الخمسة عشر يوماً:

١- بيان العقار المشفوع فيه بياناً كافياً، ويكون ذلك بتعيين موقعه وحدوده ومساحته، ويذكر أى بيان آخر من شأنه أن يكون نافياً للجهالة بالعقار.

٢- بيان الثمن الذى بيع به العقار، وبيان المصروفات الرسمية بالإضافة إلى الثمن، كالرسوم المقررة ورسوم توثيق البيع ورسوم التسجيل أما باقى المصروفات (كالسمسرة وأتعاب المحاماة) فليس من واجب ذكرها، ويصح أن تكون محل مطالبة على حدة بشرط إقامة الدليل عليها وفقاً للقواعد العامة فى الإثبات.

نقض – جلسة ١٩٦٩/١٢/٢٥ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٢٠ – مدنى – ص ١٣٥٠

ولا يغنى عن وجوب الإنذار الرسمى رفع دعوى صحة التعاقد على البائع لحصة شائعة فى العقار وإدخال كل الشركاء على الشيوع فيها، فيبقى للشركاء على الشيوع حق الأخذ بالشفعة حتى لو انقضى خمسة عشر يوماً من وقت إعلان عريضة دعوى صحة التعاقد ما دام البائع أو المشترى لم يوجه لهم الإنذار الرسمى[1].

---

(١) الوسيط – ٩- للدكتور عبدالرازق السنهورى – المرجع السابق – ص ٦٢٣ وما بعدها.

٢- فالإنذار الذى يوجه للشفيع يصح أن يصدر من البائع أو من المشترى، ويجب أن يكون رسمياً على يد محضر، فالإنذار بخطاب ولو مسجل غير كاف، كما يجب أن يتضمن البيانات الواردة فى المادة ٩٤١ مدنى – وهى:

١) بيان العقار المشفوع فيه بياناً كافياً، أى أن يذكر موقعه وحدوده ومساحته، وأى بيان آخر ينفى عنه الجهالة.

(نقض – جلسة ١٩٥٠/١/١٢ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ١ـ ص ١٧٤، ونقض – جلسة ١٩٦٣/١١/٧ – المرجع السابق – السنة ١٤ – ص ١٠١١).

٢) الثمن الذى بيع به العقار والمصروفات الرسمية، أى الرسوم المقررة كرسوم التوثيق والتسجيل. أما المصروفات الأخرى كأتعاب المحاماة والسمسرة فلا داعى لذكرها، ويستطيع المشترى بعد ذلك أن يطالب بها متى أثبتها.

٣) شروط البيع، ويقصد بها شروطه الأساسية.

٤) اسم كل من البائع والمشترى ولقبه وصناعته وموطنه، حتى يستطيع الشفيع أن يوجه إليها إعلان الرغبة وسائر إجراءات الشفعة فإذا لم تتوافر فى الإنذار هذه الشروط جميعاً كان باطلاً أو بعبارة أخرى كأن لم يكن، فلا يسقط حق الشفيع إذا لم يبد رغبته خلال ١٥ يوماً منه[١].

٣- وحتى يؤدى الإنذار – الذى يوجهه المشترى أو البائع إلى الشفيع – الغرض منه يجب: أولاً – أن يشتمل على البيانات التى تمكن الشفيع من العلم بما يلزم لإتخاذه قراره، طلب الشفعة أو عدم طلبها. وقد ذكر المشرع هذه البيانات التى يمكن الشفيع من العلم بما يلزم لإتخاذه قراره، طلب الشفعة أو عدم طلبها. وقد ذكر المشرع هذه البيانات فى المادة ٩٤١ مدنى، والمقصود بالبيان الكافى للعقار الذى يتمكن به الشفيع من معرفة العقار معرفة نافية للجهالة، وتقدير كفاية هذا البيان مسألة يقررها قاضى الموضوع ويلاحظ أن المشرع فيما يتعلق بمصروفات البيع لم يشترط سوى ذكر المصروفات الرسمية كرسوم التسجيل. أما المصروفات الأخرى كالسمسرة وأتعاب من حرر العقد، فلا يلزم ذكرها. كما يجب: ثانياً – أن يكون الإنذار رسمياً أى بورقة من أوراق المحضرين، فلا يكفى خطاب مسجل[٢].

٤- عادة ما تنفتح إجراءات الأخذ بالشفعة بالإنذار الرسمى الذى يوجهه البائع أو المشترى إلى الشفيع. وإذا تعدد الشفعاء ولو كانوا من طبقة واحدة وجب أن يوجه الإنذار إليهم جميعاً، ويسمى هذا الإنذار (بالإنذار بوقوع البيع)، وبه يخبر البائع أو المشترى الشفيع بوقوع البيع ليتسنى له أن يحدد موقفه منه إن شاء أخذ بالشفعة، وإن شاء ترك. ويجب أن يكون الإنذار رسمياً على يد محضر ولا يغنى عنه الكتاب المسجل ولو كان مصحوباً بعلم الوصول. ويجب أن يشتمل هذا الإنذار على بيان بالعقار الجائز أخذه بالشفعة بياناً كافياً، وأن يتضمن بياناً بالثمن والمصروفات الرسمية

---

(١) حق الملكية – للدكتور عبدالمنعم البدراوى – المرجع السابق – ص ٣٩١ وما بعدها.
(٢) حق الملكية – للدكتور منصور مصطفى منصور – المرجع السابق – ص ٣٤٢.

وشروط البيع واسم موطن كل من البائع والمشترى وإلا كان الإنذار باطلاً، ولا ينفتح به ميعاد إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة[١].

٥ـ يجب أن يتضمن الإنذار خمسة أشياء:

١) الإعلان ببيع العقار.

٢) وصف العقار المبيع ببيان موقعه وحدوده ومساحته وكل ما يجعله واضح الوصف والتحديد، وإذا كان فى العقار بعض الأوصاف البارزة، سواء أكانت من محسناته أو من عيوبه، وجب درجة فى الإنذار، ومن ذلك الحديقة والسرداب والحمام وبيت السيارة وبيان جيرانه إن كان وصف لجار مما يرغب فى العقار كالمسجد والحديقة والساحة والمدرسة ويتوقف نوع البيان وكفايته أو نقصه على حالة كل عقار يكون محلاً للشفعة.

وظاهر النص يدل على أن بيان العقار ووصف وضعاً كاملاً أمر ذاتى لا موضوعى، وعلى ذلك فإنه يستوى الشفيع الشريك والجار أو غيرهما ممن يفترض علمه بأوصاف العقار ومن كان يجهل كل ذلك جهلاً تاماً.

٣) بيان الثمن.

٤) شروط البيع.

٥) اسم كل من البائع والمشترى ومحل إقامته.

وكل نقض فى هذا الإنذار يجعله باطلاً. كذلك يجعله باطلاً كل خطأ جوهرى يقع فيه، كأن يذكر فيه اسم غير البائع أو المشترى الحقيقى أو لا يذكر فيه الثمن المتفق عليه أو تذكر حدود العقار أو أوصافه أو مساحته غلطاً أو تهمل بعض المزايا المرغبة فيه أو العيوب المؤثرة أو تذكر فيه مزايا لا وجود لها وكذلك كل تضليل أو تحريف فى محل الإقامة أو غيره، ذلك لأن القصد من محتويات الإنذار جعل الشفيع على بينة واضحة من العقار المعروض عليه بالشفعة. فإذا وقع التعريف به على وجه يتضمن الغش عن قصد أو غير قصد عد ذلك تدليساً مؤثراً يؤدى بالإنذار إلى البطلان بحيث يعد الشفيع كأن لم ينذر بالبيع فلا تسرى فى حقه مدة الخمسة عشر يوماً.

ولقد فتح القانون بين يدى الشفيع ثلاث طرق: أن يتربص حتى ورود الإنذار، وأن يعلن رغبته بلا تربص، وأن يقيم الدعوى مباشرة[٢].

من أحكام القضاء الحديثة:

١- لما كان الثابت من الأوراق أنه لا المشترى ولا البائع قام بإنذار الشفيعة بحصول البيع طبقاً لما أوضحته المادة ٩٤١ مدنى، فإن ميعاد إعلان الشفيعة لرغبتها أخذ العقار يكون منفتحاً أمامها إلى ما بعد تسجيل البيع بأربعة أشهر طبقاً لنص المادة ٩٤٨ (ب) مدنى ولا تسأل الشفيعة عن التأخير فى إعلان أحد البائعين بصحيفة الدعوى بسبب عدم توجيه إنذار لها بأسماء البائعين ويكون الحكم المطعون فيه إذ رفض الأخذ

---

(١) الحقوق العينية الأصلية – للدكتور محمد على عمران – المرجع السابق – ص ١٣٧ وما بعدها.

(٢) الحقوق العينية فى العراق – للدكتور حامد مصطفى – المرجع السابق – ص ٢٣٦ وما بعدها.

بالدفع بسقوط حق الشفيعة فى الأخذ بالشفعة على هذا الأساس قد التزم صحيح القانون، ويكون الطعن بذلك على غير أساس.

(نقض – جلسة ١٩٨٠/٢/٢١ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٣١ – مدنى – ص ٥٨٣)

٢– إن مقصود الشارع من البيانات التى أوجبها بالمادة ٢١ من قانون الشفعة السابق المقابلة ٩٤١ مدنى فيما يتعلق بالعقار المبيع هو تعريف الشفيع بالعقار المبيع تعريفاً تاماً نافياً للجهالة بحيث يستطيع أن يعمل رأيه فى الصفقة، فيأخذ بالشفعة أو يترك، وتقدير ما إذا كان بيان العقار المبيع فى التكليف بإبداء الرغبة قد وقع كافياً أو غير كاف متروك لقاضى الموضوع، فإذا ما أقام تقديره على أسباب مؤدية إليه فلا شأن لمحكمة النقض به.

(نقض – جلسة ١٩٥٠/١/١٢ – مجموعة القواعد – ٢٥ سنة – بند ٨٠ – ص ٧٢٠)

٣– إذ كان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أن الإنذار الموجه من المشترى إلى الشفيع قد حوى بياناً كافياً للعقار المبيع وبيان الثمن والمصروفات وشروط البيع واشتمل على بيان اسم البائع وموطنه وأسماء المشترين وموطنهم المختار، وكان المقصود بشرط البيع التى يستلزم بيانها فى الإنذار، الشروط الأساسية التى لابد من علم الشفيع بها حتى يستطيع الموازنة بين أن يقدم على طلب الشفعة بها حتى يستطيع الموازنة بين أن يقدم طلب الشفعة أو لا يقدم، وإذ كان بيان حصة كل مشترى فى بيع على الشيوع لا ينفع صاحب الحق فى الشفعة فى تقديره لموقفه من حيث الأخذ بها أو تركها، ذلك أنه لا يجوز له فى جميع الأحوال إلا أن يشفع فى العقار المبيع كله، فإن عدم اشتمال الإنذار الموجه من المشترى إلى الشفيع على هذا البيان وعدم اشتماله على بيان محل إقامتهم والاكتفاء بذكر موطنهم المختار لا يترتب عليه بطلانه.

(نقض – جلسة ١٩٧٧/٣/٩ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٢٨ – مدنى – ص ٦٤٦)

٤– القصد من البيانات المتعلقة بالعقار التى أوجبت المادة ٩٤١ مدنى اشتمال الإنذار الذى يوجهه البائع أو المشترى لمن يجوز لة الأخذ بالشفعة عليها وهو تعريف الشفيع بالعقار المبيع تعريفاً كافياً بحيث يستطيع أن يعمل رأيه فى الصفقة فيأخذ بالشفعة أو يترك، ولم يقصد المشرع أن يجعل من هذا الإنذار إيجاباً بالعقد يلتزم به المشترى بنقل ملكية العين إلى الشفيع إذا رد عليه بالقبول لأن الأصل فى الشفعة هو حلول الشفيع محل مشترى العقار فى جميع حقوقه والتزاماته هذا النظر – إذ اعتد فى تحديد مساحة القدر المبيع وأبعاده البيانات الواردة بعقد البيع دون البيانات الواردة بالإنذار – فإنه لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ فى تطبيقه.

إنه وإن كانت بيانات العقار المشفوع فيه التى اشتمل عليها الإنذار الرسمى الموجه إلى المطعون عليها – الشفيع – فيما يتعلق بالعقار المبيع قد استمدت من كشف التحديد الذى أجريته المساحة بناء على طلب المشترى، إلا أن المطعون عليها – الشفيع – قد نازعت فى صحة هذه البيانات، كما أنها لم تسلم بنتيجة المعاينة التى أجرتها المساحة بناء على طلبها، وبذلك تكون مساحة الأرض المبيعة للمشار إليها فى

عقد البيع بأنها تحت العجز والزيادة لم تتحدد بعد بصفة نهائية، ولا يكون ثمة وجه للاحتجاج قبل الشفيع بهذه البيانات.

(نقض – جلسة ١٩٧١/٤/٨ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٢٢ – مدنى – ص ٤٤٣)

٥- الإنذار الموجه من البائع أو المشترى لمن يجز له الأخذ بالشفعة. بياناته (م ٩٤١ مدنى). لم يوجب الشارع أن يتضمن الإنذار تسليماً من المشترى بحق الشفيع فى أخذ العقار المبيع بالشفعة.

(نقض – جلسة ١٩٨٤/٣/٢٤ – الطعن ١٠٦٢ لسنة ٥٠ق)

٦ – وحيث أن النعى بأسباب الطعن مجتمعة غير منتج ذلك أن المقرر في قضاء هذه المحكمة أن المشرع إذ أوجب في المادة ٩٤٠ من القانون المدني على من يريد الأخذ بالشفعة إعلان رغبته فيها إلى كل من البائع والمشترى خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الإنذار الرسمي الموجه من أيهماإليه إذا لم يكن عقد البيع قد سجل أو خلال أربعة أشهر من تاريخ تسجيله وإلا سقط حقه في الأخذ بالشفعة على إعتبار أن هذا الإنذار هو الذى يتحقق به علم الشفيع بوقوع البيع – فقد إفترض ألا يقوم البائع أو المشترى بإنذار الشفيع أو أن يقع الإنذار باطلاً فيظل الحق في الشفعة قائماً مع أنه حق إستثنائي يخل بحق المالك في التصرف في ملكه لمن يريد وتلافياً لذلك جعل المشرع سبيلاً ميسراً للمشترى يطمئن معه إلى سقوط الحق في الشفعة فنص في الفقرة ب من المادة ٩٤٨ من القانون المدني على أن يسقط الحق في الأخذ بالشفعة إذ إنقضت أربعة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع ذلك أنه إفترض إفتراضاً غير قابل لإثبات العكس أن الشفيع علم بالبيع إذا سجله المشترى. ولكن لما كان علم الشفيع بوقوع البيع في هذه الحالة ليس إلا علماً إفتراضياً فقد أطال المدة التى يتعين خلالها طلب الشفعة بجعلها أربعة أشهر من وقت التسجيل فإذا أعلن الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة إلى كل من البائع والمشترى قبل إنقضائها فقد حفظ حقه من السقوط ويتعين عليه إتباع باقى الإجراءات المنصوص عليها في المادتين ٩٤٢، ٩٤٣ من القانون المدني ومنها إيداع الثمن في مدى ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة خزينة المحكمة المختصة وإقامة الدعوى بطلب الأخذ بالشفعة وإلا سقط الحق في الأخذ بالشفعة وهو أمر متعلق بالنظام العام تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها ولمحكمة النقض أن تثيره في الطعن كذلك مادامت عناصره مطروحة – لما كان ذلك وكان الواقع في الدعوى أنه عقد البيع المشفوع فيه قد تم تسجيله في ١٩٨٧/١٢/١٩ تحت رقم..... ق بورسعيد في الوقت الذى لم يقم فيه الطاعنان بإعلان رغبتهما في أخذ العقار مثار النزاع بالشفعة وذلك بإيداع الثمن الذى بتم به البيع وأقامت الدعوى المتضمنة الرغبة في الأخذ بالشفعة إلا بتاريخ ١٩٨٨/٥/٢١ أي بعد مضى أكثر من خمسة أشهر لاحقة عل تسجيل عقد البيع وهو ما يكون حقهما في الشفعة قد سقط ويكون التحدى بأسباب الطعن أياً كان وجه الرأي فيها غير منتج ومن ثم غير مقبول. ولما تقدم يتعين رفض الطعن.

(الطعن ١٣٧٦ لسنة ٦١ق جلسة ١٩٩٦/٤/١٧ لم ينشر بعد)

مادة (٩٤٢)

١ـ إعلان الرغبة بالأخذ بالشفعة يجب أن يكون رسمياً وإلا كان باطلاً. ولا يكون هذا الإعلان حجة على الغير إلا إذا سجل.

٢ـ وخلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ هذا الإعلان يجب أن يودع خزانة المحكمة الكائن فى دائرتها العقار كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع، مع مراعاة أن يكون هذا الإيداع قبل رفع الدعوى بالشفعة، فإن لم يتم الإيداع فى هذا الميعاد على الوجه المتقدم سقط حق الأخذ بالشفعة.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٩٤٦ ليبى و ١١٣٨ عراقى و ٢٤٧ لبنانى و ٧٥٤ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

١- هذا النص يفرض على الشفيع أن يودع فى خزينة المحكمة فى ظرف خمسة عشر يوماً على الأكثر من تاريخ إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة مبلغاً يساوى على الأقل ثلث الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع، وغنى عن البيان أن الشفيع إذا عرض الثمن كله عرضاً حقيقياً عند إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة أجزاه هذا عن إيداع ثلث الثمن، وقد كان هذا الحكم مذكوراً فى النص الذى أقرته اللجنة "١" ولكنه حذف لبداهته (انظر الفقرتين الأوليين من المادة ١٣٩٠).

٢- والفقرتان الأخيرتان من المادة ١٣٩٠ توافقان الفقرتين الثانية والثالثة من المادة ١٤ من قانون الشفعة الحالى[١].

رأى الفقه:

١- يجب على الشفيع – إذا أراد الأخذ بالشفعة أن يبدى رغبته فى ذلك متى أنذر بوقوع البيع، وأن يعلن هذه الرغبة إلى كل من المشترى والبائع. ويكون إعلان الرغبة فى الشفعة رسمياً وإلا كان باطلاً، وأن يوجهه إلى موطن كل من البائع والمشترى، وإذا أعلن الشفيع رغبته ولم يمض فى الإجراءات التالية لذلك كأن لم يودع الثمن خزانة المحكمة أو لم يرفع دعوى الشفعة فى الميعاد القانونى فإن حقه فى الشفعة يسقط ويصح للشفيع أن يستغنى عن إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة برفع دعوى الشفعة رأساً على كل من البائع والمشترى، ولكن يشترط فى ذلك أن تعلن عريضة الدعوى إلى كل من البائع والمشترى فى خلال خمسة عشر يوماً من يوم الإنذار بوقوع البيع حتى تصلح العريضة لأن تكون إعلاناً بالرغبة فى الأخذ بالشفعة حاصلاً فى الميعاد القانونى. كما يشترط إيداع الثمن خزانة المحكمة قبل رفع الدعوى صحيحاً (م ٢/٩٤٢ مدنى)، وعند ذلك يحل إعلان عريضة الدعوى محل إعلان الرغبة فى

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى – الجزء ٦ – ص ٤٢١ و ٤٢٢.

الأخذ بالشفعة، ويستطيع الشفيع بعد ذلك أن يمضى فى الإجراءات. ولكن إذا سلم المشترى عند بدء إجراءات الدعوى بشفعة الشفيع، فإن الشفيع هو الذى يتحمل مصروفات الدعوى، إذ يتبين أنه كان فى غنى عن رفعها.

ونادراً ما يحدث أن لا ينذر المشترى الشفيع بوقوع البيع[١] ولم يسجل فى الوقت ذاته عقد البيع، وعلى ذلك لا تسقط الشفعة بإنقضاء خمسة عشر يوماً من يوم الإنذار بوقوع البيع لأن هذا الإنذار لم يصدر، ولا بإنقضاء أربعة أشهر من تاريخ تسجيل عقد البيع لأن هذا العقد لم يسجل، ذلك أن التقنين المدنى الجديد لا يسقط الشفعة بإنقضاء مدة معينة من وقت علم الشفيع بالبيع كما كان يسقطها قانون الشفعة السابق، فإذا علم الشفيع بوقوع البيع من غير طريق الإنذار الرسمى، فإنه يبقى محتفظاً بهذا الحق ما لم يصدر منه ما يفيد نزوله عنه ولو ضمناً. وقد يؤول طول سكوته عن إستعمال الحق مع علمه بوقوع البيع مقترناً بظروف أخرى بأنه نزول ضمنى عن الحق، فإذا لم يستخلص هذا النزول الضمنى من الظروف والوقائع، فلا فياض من القول بأن الشفيع يبقى محتفظاً بالحق فى طلب الشفعة، وله أن يعلن هذا الطلب إلى كل من البائع والمشترى، وأن يرفع بعد ذلك دعوى الشفعة بعد أن يودع الثمن خزانة المحكمة. ويبقى هذا الوضع قائماً إلى أن تنقضى خمس عشرة سنة من وقت تمام البيع المشفوع فيه، وعندئذ يسقط حق الشفيع فى رفع دعوى الشفعة بالتقادم المسقط، شأن دعوى الشفعة فى ذلك شأن سائر الدعاوى التى تسقط بخمس عشرة سنة، وليس هذا إلا تطبيق للقواعد العامة فى شأن التقادم المسقط.

(الوسيط – السنهورى – ٩ – ص ٦٤٦، الحقوق العينية الأصلية – للدكتور كامل مرسى – جزء ٣ – فقرة ٥٥٠، واسماعيل غانم – ص ٨٦، وحق الملكية – عبدالمنعم فرج الصده – ص ٤٧٣، ومنصور مصطفى منصور – حق الملكية – ص ٣٤٤، والحقوق العينية الأصلية – الدكتور حسن كيره – ص ١٦)

أما بالنسبة لتسجيل إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة، فإنه يخلص من نص الفقرة الأولى من المادة ٩٤٢ مدنى أن تسجيل الرغبة فى الأخذ بالشفعة ليس إجراء ضرورياً من إجراءات الشفعة، وإنما هو طريق لجعل هذا الإعلان حجة على الغير، فيستطيع الشفيع بعد إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة ألا يسجل هذا الإعلان، ويمضى فى إجراءات الشفعة التالية، فيودع الثمن خزانة المحكمة ويرفع دعوى الشفعة ويستصدر حكماً بثبوت حقه فى الشفعة، ولا يمنع من ذلك أن إعلان طلب الشفعة لم يسجل، ولكنه فى هذه الحالة يعرض نفسه لخطر تصرف المشترى فى العقار المشفوع فيه ويصبح هذا التصرف نافذاً فى حق الشفيع مادام قد صدر قبل تسجيل إعلان طلب الشفعة حتى لو صدر بعد ذلك حكم يقضى بثبوت حق الشفعة للشفيع، فيجدر إذن بالشفيع إذا أعلن رغبته فى الأخذ بالشفعة لكل من البائع والمشترى، أن يبادر لتسجيل هذا الإعلان فى مكتب الشهر العقارى الكائن فى دائرته العقار المشفوع فيه وبذلك يأمن من تصرفات المشترى التى تصدر بعد هذا التسجيل إذ تصبح غير نافذة فى حقه (م ٩٤٧ مدنى). وليس هناك ميعاد لتسجيل إعلان طلب الشفعة، فيصح أن يتم التسجيل

(١) الوسيط – ٩ – للدكتور السنهورى – ص ٦٤٦.

فى أى وقت حتى بعد رفع دعوى الشفعة، ولكن إذا تأخر الشفيع فى تسجيل الإعلان، فإنه يعرض نفسه لخطر أن يصدر من المشترى تصرف فى العقار المشفوع فيه قبل تسجيل الإعلان فيصبح هذا التصرف نافذاً فى حق الشفيع.

كما أن لتسجيل إعلان الرغبة فى الشفعة أثراً آخر له أهميته، ذلك أنه إذا باع المشترى العقار المشفوع فيه لمشتر ثان قبل تسجيل إعلان الرغبة فى الشفعة، فإن هذا البيع الثانى يكون نافذاً فى حق الشفيع ونسخ البيع الأول من ناحية الأخذ بالشفعة، ويتعين على الشفيع عندئذ أن يطلب الشفعة فى البيع الثانى فى مواعيده وبشروطه (م٩٣٨ مدنى)، وتبطل الإجراءات التى يكون الشفيع قد باشرها للأخذ بالشفعة فى البيع الأول، ومن ثم يكون من مصلحة الشفيع أن يبادر إلى تسجيل إعلان الرغبة فى الشفعة حتى يحدد بهذا التسجيل البيع المشفوع فيه. وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأنه إذا باع العين مشتريها بعد تقديم طلب الشفعة وتسجيله، فإن دعوى الشفعة تقام على المشترى الأول وبالشروط التى اشترى بها.

(نقض – جلسة ١٩٣٥/٦/٦ – مجموعة القواعد القانونية – للأستاذ محمود عمر – ١ – رقم ٢٨٤ – ص ٨٦٤، وانظر: محمد كامل مرسى – ٣ – فقرة ٤١٨ و ٤١٩، ومحمد على عرفه – فقرة ٢٩١)

أما بالنسبة للمرحلة الثانية من إجراءات الشفعة التى تشمل إيداع الثمن خزانة المحكمة ورفع دعوى الشفعة وصدور حكم بثبوت الحق فيها، فيخلص من نص الفقرة الثانية من المادة ٩٤٢ مدنى فإنه يجب على الشفيع أن يودع كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع خزانة المحكمة الكائن فى دائرتها العقار المشفوع فيه وذلك فى خلال ثلاثين يوماً من تاريخ طلب الشفعة وقبل رفع دعوى الشفعة، وهذا الإيداع على الوجه المتقدم ضرورى، فإن لم يقم به الشفيع سقط حقه فى الأخذ بالشفعة.

فمن حيث إيداع الثمن ومكانه، فيصح الإيداع عقب إعلان الرغبة فى الشفعة أو عند إعلان الرغبة فيضمن الشفيع إعلان الرغبة أنه أودع الثمن فى خزانة المحكمة الكائن فى دائرتها العقار المشفوع فيه ويجوز أن يتراخى الإيداع إلى ما بعد ذلك، ريثما يتدبر الشفيع المبلغ الواجب إيداعه، ولكن يجب أن يتم الإيداع فى اليوم الثلاثين من وقت وصول إعلان الرغبة فى الشفعة إلى كل من البائع والمشترى، فإذا صادف يوم عطلة امتد الميعاد إلى أول يوم من أيام العمل يلى انتهاء العطلة وعلى الشفيع أن يودع الثمن فى المذكور فى عقد البيع بحسب الأصل، وله بعد ذلك أن يثبت بجميع طرق الإثبات أن هذا الثمن المذكور فى عقد البيع أكبر من الثمن الحقيقى، وأنه بولغ فيه بقصد تعجيز الشفيع عن الأخذ بالشفعة أو يرجح المشترى، وهو أمر كثير الحدث فى العمل، أما إذا أودع ثمناً أقل بما ورد عقد البيع على أنه الثمن الحقيقى ثم أخفق فى إثباته، فإن الإيداع يكون غير صحيح[1].

٢– نصت المادة ٩٤٢ مدنى على أن إعلان الرغبة لا يكون حجة على الغير إلا إذا سجل، فالقانون قد أخضع إعلان الرغبة للتسجيل حتى يحتج به على الغير أى على غير البائع والمشترى. وهو يسجل فى مكتب الشهر العقارى الكائن به العقار المشفوع

(١) الوسيط – ٩– للدكتور السنهورى – المرجع السابق – ص ٦٢٧ وما بعدها.

فمتى سجل طلب الشفعة كان كل تصرف من المشترى فى العين المشفوع فيها غير نافذ فى حق الشفيع (م ٩٤٧ و ٩٣٨ مدنى)، وليس لتسجيل إعلان إبداء الرغبة ميعاد محدد، وإن كان من صالح الشفيع أن يبادر إليه، وبعد أن يعلن الشفيع رغبته فى الشفعة إلى كل من البائع والمشترى، يجب عليه أن يبادر إلى إيداع خزانة المحكمة الكائن فى إدارتها العقار المشفوع كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع، وذلك خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ إعلان الرغبة، مع مراعاة أن يكون هذا الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة. فالقانون يشترط أن يودع الشفيع بالفعل خزانة المحكمة الثمن ولا يكتفى بمجرد عرضه، وذلك دفعاً للمنازعات. أما عن موعد الإيداع، فيجب أن يتم على الأكثر خلال الثلاثين يوماً التالية لإعلان الرغبة، وقبل رفع الدعوى بالشفعة على أى حال (نقض – جلسة ١٩٥٣/١/٢٢ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٤ – مدنى ص ٣٩١) فلا يكفى أن يتم الإيداع قبل قيد الدعوى.

ويصح أن يتم الإيداع وإعلان الرغبة فى وقت واحد، وتحسب مدة الثلاثين يوماً التى يجب أن يتم فيها الإيداع من يوم الإعلان الأخير للرغبة إذا لم يعلن الشفيع رغبته إلى البائع والمشترى فى وقت واحد.

ويجب أن يشمل الإيداع الثمن الحقيقى كما تقرر المادة ٢٤٢ مدنى، فإذا رأى الشفيع أنه أقل مما ورد بعقد البيع، فإن له أن يودع الثمن الحقيقى، على أن عليه عبء إثبات صورية الثمن المذكور فى عقد البيع، فإذا عجز اعتبر متخلفاً عن الإيداع المفروض عليه قانوناً وسقط حقه فى الأخذ بالشفعة (نقض – جلسة ١٩٥٠/١/١٥ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ١ – مدنى – ص ٦١٥)، والأحوط أن يودع الشفيع الثمن المبين بالإنذار (أو الوارد فى العقد) ويحتفظ لنفسه بحق الطعن فيه.

كما يسقط حق الشفيع فى الأخذ بالشفعة إذا لم يودع الثمن خلال ثلاثين يوماً من تاريخ الإعلان.

ولا يجوز لبائع أو المشترى أن يعفى الشفيع من هذا الإيداع.

(نقض – جلسة ١٩٥٣/١٢/٣١ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٥ – مدنى – ص ٣٥٦)

أما بالنسبة لملحقات الثمن، فقد نص القانون المدنى على عدم التزام الشفيع بإيداعها خلافاً لما كان عليه النص فى قانون الشفعة الملغى.

ولذا يرى الدكتور البدراوى أن المشرع قصد عمد النص على إلزام المشترى بإيداع ملحقات الثمن مقتصراً على الثمن فقط نظراً لأنه فى معظم الحالات لا تكون هذه المصروفات معروفة أو مقدرة بشكل ينفى الشك وكثيراً ما يجهلها الشفيع، والكثير منها قد يدفع بعد إنذاره بإبداء رغبته من البائع أو المشترى، ولذا يرى (الدكتور البدراوى) أن عدم إيداع المصروفات (أو الملحقات) مسقط لحق الشفيع.

وقد أخذت محكمة النقض فى قضائها الحديث بهذا الرأى.

(نقض – جلسة ١٩٥٦/٥/١٧ – مجموعة الكتب الفنى – السنة ٧ – مدنى ص ٦٥٧، ونقض – جلسة ١٩٦٣/٢/٢١ – المرجع السابق – السنة ١٤ – ص ٢٧٨)

ويجب – طبقاً لنص المادة ٩٤٢ مدنى – أن ترفع دعوى الشفعة خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ طلب الشفعة أى من تاريخ تمام إعلان الرغبة، فإذا لم

ترفع الدعوى فى هذا الميعاد سقط الحق فى الشفعة. ويبدأ الميعاد من تمام إعلان البائع والمشترى بالرغبة فى الأخذ بالشفعة، فإن أعلن أحدهما قبل الآخر فالعبرة بالإعلان الأخير حتى تعتبر الدعوى مرفوعة.

(نقض – جلسة ١٩٥٤/٥/١٣ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٥ – مدنى – ص ٨٦٧)

ولم يكتف القانون بوجوب رفع الدعوى فى الميعاد، بل أوجب أيضاً قيدها فى هذا الميعاد، ووفقاً للمادة ٦٧ من قانون المرافعات يتم قيدها فى نفس يوم رفعها.

وميعاد رفع الدعوى كما هو معروف ميعاد حتمى يترتب على فواته سقوط الحق، ولذلك فهو لا يقبل وقفاً ولا انقطاعاً.

ولما كان طلب الشفعة هو من أعمال التصرف كالشراء، فقد وجب أن تتوافر للشفيع أهلية التصرف. فإذا كان عديم الأهلية أو ناقصها وجب على الوصى أو القيم استئذان المحكمة، ولا تكفى الوكالة العامة بل لابد من وكالة خاصة، ولأن الشفعة رخصة لم يكن للدائنين إستعمالها نيابة عن المدين وباسمه بطريق الدعوى غير المباشرة، فهى من الرخص الشخصية البحتة.

وقد استلزم القانون رفع الدعوى على كل من البائع والمشترى مع أن المشترى هو الخصم الحقيقى، إذ يستوى لدى البائع أن تؤول الملكية إلى الشفيع أو إلى المشترى، ولكن القانون أوجب رفع الدعوى على البائع والمشترى معاً، ذلك لأنه بعد الحكم بالشفعة سيحل الشفيع محل المشترى قبل البائع فى جميع حقوقه والتزاماته، فيتحول العقد من كونه بين البائع والمشترى إلى كونه بين البائع والشفيع. فالشفعة عملية قانونية تدور بين أطراف ثلاثة كل منهم طرف حقيقى فيها فيتحتم اختصامهم جميعاً فى الدعوى فى جميع مراحل التقاضى وإلا كانت الدعوى غير مقبولة، فيجب على الشفيع اختصام البائع والمشترى فى المرحلة الابتدائية والاستئنافية والنقض (نقض – جلسة ١٩٥٠/٦/١٥ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ١ – مدنى – ص ٦٠٣)، وعلى الشفيع رفع الدعوى على جميع المشترين ولو ادعى أن أحدهم مشترى صورى (نقض – جلسة ١٩٥١/٥/١٠ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٢ – مدنى – ص ٨٤٤، ونقض – جلسة ١٩٥/١/١٨ – المرجع السابق – ص ٢٤٤)، وإذا تعدد البائعون وجب اختصامهم ورثته جميعاً (نقض – جلسة ١٩٥٢/٦/٥ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٣ – مدنى – ص ١١٦٣) [١].

٣- إذا سجل الشفيع إعلان الرغبة فيكون هذا الإعلان حجة على الغير وبالتالى لا يسرى فى حق الشفيع أى تصرف يصدر من المشترى أو أى حق ترتب ضده، إذا كان قد تم بعد التاريخ الذى سجل فيه إعلان الرغبة فى الشفعة، ويبقى مع ذلك للدائنين المقيدين ما كان لهم من حقوق الأولوية فيما آل إلى المشترى من ثمن العقار.

فإذا باع المشترى العقار بعد تسجيل إعلان الرغبة، فلا يسرى هذا البيع فى حق الشفيع، وبالتالى يكون له أن يأخذ بالشفعة من المشترى الأول وبالشروط التى اشترى بها، ولا يلتزم بإدخال المشترى الثانى فى دعوى الشفعة. وهذا الحكم المقرر لمصلحة

---

(١) حق الملكية – للدكتور عبدالمنعم البدراوى – المرجع السابق – ص ٢٩٢ وما بعدها.

الشفيع وليس مفروضاً عليه، فله أن يترك البيع الأول ويطلب الشفعة فى البيع الثانى إذا كانت له مصلحة كما لو كان الثمن فيه أقل، على أنه يجب فى هذه الحالة أن يباشر إجراءات مبتدأة.

وإذا رتب المشترى أو ترتبت عليه بعد تسجيل إعلان الرغبة حقوق أخرى كالرهن أو الاختصاص فإنها لا تسرى فى حق الشفيع ويأخذ العقار إذا ما حكم له بالشفعة خالياً منها. إما إذا ترتبت قبل تسجيل إعلان الرغبة فإن التصرفات والحقوق التى ترتبت ضد المشترى تسرى فى حق الشفيع، وبالتالى يأخذ العقار إذا ما حكم له بالشفعة خالياً منها، ومع ذلك تسرى فى حق الشفيع تصرفات المشترى والحقوق التى ترتبت ضده إذا كان ذلك قبل تسجيل إعلان الرغبة.

ولا يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة إذا تصرف المشترى فى العقار قبل تسجيل إعلان الرغبة تصرفاً لا تجوز الشفعة فيه أو المقايضة، أو لأحد الأصول أو الفروع أو الزوجة أو الأقارب للدرجة الرابعة أو الأصهار للدرجة الثانية).

أما إذا باع المشترى العقار بيعاً تجوز الشفعة فيه، فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشترى الثانى وبشروط البيع الجديد، أى أن حق الشفيع فى الأخذ بالشفعة يتجدد سبب البيع الثانى. وبناء على ذلك إذا ما أراد أخذ العقار بالشفعة بشروط البيع الثانى أن يوجه الإجراءات إلى كل من المشترى الأول بصفته بائعاً والمشترى الثانى ولا يلزم اختصاص البائع الأول، كما أنه لا يشترط أن يكون البيع الثانى قد سجل، بل يكفى أن يكون قد انعقد قبل تسجيل إعلان الرغبة.

(نقض – جلسة ١٩٥٤/٣/٤ – مجموعة القواعد القانونية – جزء ١ – ص ٧٢٩)

أما إذا باع المشترى جزءاً من العقار قبل تسجيل إعلان الرغبة، وكان الشفيع لا يريد منه سوى أخذ الجزء الذى استبقاه فعليه أن يوجه طلب الشفعة إلى البائع الأصلى والمشترى الأول، وإذا أراد أخذ الجزء الذى باعه المشترى الأول فيكفيه أن يوجه الطلب إلى المشترى الأول بصفته بائعاً والمشترى الثانى، بشرط توافر التلاصق فى الجزء المراد أخذه بالشفعة.

وتوجب المادة ٢/٩٤٢ مدنى إيداع الثمن خلال ثلاثين يوماً على الأكثر تبدأ من تاريخ تمام إعلان الرغبة إلى كل من البائع والمشترى، وأن يتم إيداع كل الثمن الحقيقى قبل رفع دعوى الشفة، ولا يصح إعفاء الشفيع من الإيداع حتى ولو كان الثمن لم يدفع بعد.

(نقض – جلسة ١٩٥٣/١٢/٣١ – مجموعة القواعد القانونية – جزء ١ – ص ٧٣٣)

فإذا كان الثمن صورياً وجب على الشفيع إيداع كاملاً ويحق له إثبات صوريته، فإن أثبت حق له استرداد الزائد عن الثمن الحقيقى، وإن لم يودعه وفشل فى إثبات الصورية سقط حقه فى الشفعة[1].

والمشرع فى القانون المدنى الجديد لم يلزم الشفيع بإيداع ملحقات الثمن[1].

---

(١) والزيادة الصورية فى الثمن هى الغالب عملاً، أما النقص فيه فنادر الحدوث (قارن: الدكتور محمد لبيب شنب – فقرة ١١١).

٤- إذا لم ينذر الشفيع – من البائع أو المشترى – فإن حقه فى طلب الشفعة لا يسقط إلا إذا مضت أربعة أشهر من يوم تسجيل البيع[٢].

وإذا لم يكن البيع قد سجل، فلا يسقط حق الشفيع فى المطالبة بالشفعة إلا بمرور خمس عشر سنة على وقت إبرام البيع المشفوع فيه تطبيقاً للقواعد العامة. ومدة الخمسة عشر يوماً (أو الأربعة أشهر) وهى المدة التى يجب أن يعبر المشترى فيها عن رغبته فى الأخذ بالشفعة تعتبر مدة سقوط لا مدة تقادم، إذ أنها مدة حتمية يجب فيها على الشفيع أن يعلن عن رغبته فى الأخذ بالشفعة وإلا سقط عنه حقه فيها، ومن ثم فإن هذه المدة لا تقبل الوقف أو الانقطاع على ما يذهب الفقه، على حين يرى الدكتور محمد على عمران أنها تقبل الوقف إذا استحال على الشفيع بسبب القوة القاهرة أن يطالب بالشفعة.

ولا يحاج الغير بإعلان الرغبة فى الشفعة إلا إذا سجل[٣].

٥- نصت المادة ١١٤٠ من القانون المدنى العراقى على أن على الشفيع عند رفع الدعوى أن يودع صندوق المحكمة التى يقع العقار المشفوع فى دائرتها مبلغاً يساوى نصف الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع، فإن لم يتم الإيداع سقطت شفاعته. وقد خالف القانون العراقى – فى عرض الثمن القانون المدنى المصرى الذى أوجبت المادة ٩٤٢ منه أن يودع الثمن كله لدى المحكمة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الشفيع الرغبة فى البيع، وعلى أن يكون هذا الإيداع قبل رفع الدعوى. والنص العراقى أولى بالحالة من النص المصرى، لأن تقديم عرض الثمن على ميعاد الدعوى لا فائدة منه إلا إحراج الشفيع وخلق عقبة بينه وبين الوصول إلى حقه، ويكفى أن يضمن القانون للبائع أو المشترى ثمن العقار من الشفيع قد جعل تقديم الثمن بالشفعة الوجه الجدى بإقامة الدعوى. ولما كان القانون قد جعل تقديم الثمن مقترناً برفع هذه الدعوى، فإن المحكمة لا تقيد الدعوى ما لم يودع لديها نصف الثمن، وكفى بذلك تهديداً للشفيع لأنه إن لم يفعل لم تسجل دعواه.

ومع هذا فإن لخصم الشفيع إذا ما خشى مكايده هذا ومضارته أن يرد عليه كيده بالإنذار الرسمى، وعند ذلك يكون مضطراً أن يقيم دعواه خلال الثلاثين يوماً المنصوص عليها فى القانون وبهذا تكون المدة القصوى لرفع الدعوى خمسة وأربعين يوماً من تاريخ الإنذار.

وإذا مرت الثلاثون يوماً فى إعلان الرغبة ووجود الإنذار أو انتهت الأشهر الستة عند عدمهما فلم يرفع الشفيع الدعوى ولم يودع نصف الثمن سقط حقه. ومن هذا نرى أن النص على سقوط الشفعة مقيد على التراخى بمضى إحدى المدتين، وفى هذا خلاف الشريعة التى أجازت القضاء بالشفعة قبل دفع الثمن (بدائع الصنائع – جزء ٥ – ص٢٤)[٤].

---

(١) حق الملكية – للدكتور منصور مصطفى منصور – المرجع السابق – ص ٣٤٤ وما بعدها.
(٢) الدكتور محمد لبيب شنب – فقرة ١٠٩.
(٣) الحقوق العينية الأصلية – للدكتور محمد على عمران – المرجع السابق – ص ١٣٦ وما بعدها.
(٤) الملكية العقارية فى العراق – للأستاذ حامد مصطفى – المرجع السابق – ص ٢٤٢ وما بعدها.

من أحكام القضاء الحديثة:

١- متى أعلن الشفيع رغبته رسمياً إلى كل من البائع والمشترى ولو كان قبل إنذاره من أيهما، فإن هذا الإعلان ينتج جميع آثاره القانونية فيسرى من تاريخه ميعاد الثلاثين يوماً التى أوجب القانون أن يتم فى خلاله إيداع كل الثمن الحقيقى الذى حصل البيع به ورفع دعوى الشفعة وقيدها بالجدول وإلا سقط حق الأخذ بالشفعة، وذلك لأن المشرع قد نص فى المادة ٢/٩٤٢ وفى المادة ٩٤٣ من القانون المدنى على سريان ميعاد الثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة الواردة ذكره فى المادة ١/٩٤٢ مدنى ولم يعلق سريانه على إنقضاء ميعاد الخمسة عشر يوماً الواردة فى المادة ٩٤ مدنى، وكل ما اشترطه القانون فى هذا الإعلان هو أن يكون رسمياً وأن يوجه من الشفيع إلى كل من البائع والمشترى ولم يستلزم فيه أن يكون حاصلاً بعد الإنذار الذى يوجهه البائع أو المشترى.

(نقض – جلسة ١٩٦٨/١٢/٢٦ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ١٩ – مدنى – ص ١٥٩٤)

٢- أوجب الشارع فى المادة ٢/٩٤٢ من القانون المدنى على الشفيع أن يودع خلال الميعاد الذى حدده خزانة المحكمة الكائن فى دائرتها العقار كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع ورتب على عدم إتمام الإيداع على هذا النحو سقوط حق الأخذ بالشفعة، وقد دل بذلك على أن دفع كامل الثمن الحقيقى فى الميعاد بالكيفية التى حددها – هو شرط أساسى لقبول دعوى الشفعة مما يخول للمحكمة أن تقضى من تلقاء نفسها بسقوط حق الشفيع فى الأخذ بالشفعة إن هو أخل بما أوجبه عليه الشارع فى خصوص إيداع الثمن، ويجوز لمحكمة النقض أن تثير ذلك فى الطعن بإعتباره مسألة تتعلق بالنظام العام متى كانت واردة على ما رفع عنه الطعن وكانت جميع العناصر التى تتيح الإلمام بها قد توافرت لدى محكمة الموضوع. ومن المقرر أن إيداع الثمن بإعتباره إجراء من إجراءات دعوى الشفعة يتعين إتخاذه أمام المحكمة المختصة قانوناً بنظرها، وإلا سقط الحق فى الأخذ بالشفعة. وإذ كان المطعون ضده قد أودع الثمن خزانة المحكمة الجزئية دون المحكمة الابتدائية الواقع بدائرتها العقار المشفوع فيه والتى أحيلت إليها الدعوى لنظرها باتفاق الخصوم بإعتبارها المحكمة المختصة بنظرها وقد دفع الطاعنان أمامها بسقوط حق المطعون ضده فى الأخذ بالشفعة لعدم إيداع الثمن خزينتها، فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بأحقيته فى الأخذ بالشفعة مقابل الثمن المودع خزانة المحكمة الجزئية يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تأويله وتفسيره.

(نقض – جلسة ١٩٧٨/٦/٢٨ – المرجع السابق – السنة ٢٩ – ص ١٥٩٥)

(ونقض – جلسة ١٩٧٧/١٢/١٤ – المرجع السابق – السنة ٢٨ – ص ١٧٩٤)

٣- توجب المادة ٩٤٢ من القانون المدنى على الشفيع إيداع كامل الثمن الذى حصل به البيع ضماناً لجدية طلب الشفعة، وجعل الجزاء على مخالفة ذلك هو سقوط الحق فى الأخذ بالشفعة وأغفلت محلقات الثمن فيما يجب إيداعه اكتفاء بإيداع الثمن

الحقيقى فحسب، ولم يرد تكليف فى بيان المصروفات الرسمية بإعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة.

(نقض – جلسة ١٩٨١/١١/٤ – الطعن ٧٣٠ لسنة ٤٨ق)

(ونقض – جلسة ١٩٨٢/٣/٣١ – الطعن ٥٥٨ لسنة ٤٨ق)

٤– إذ أوجب الشارع فى المادة ٢/٩٤٢ من القانون المدنى على الشفيع أن يودع فى خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ إعلان الرغبة فى الشفعة خزانة المحكمة الكائن فى دائرتها العقار كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع مع مراعاة أن يكون هذا الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة، وإذ رتب على عدم إتمام الإيداع فى الميعاد المذكور على الوجه المتقدم سقوط حق الأخذ بالشفعة فقد دل على أن إيداع كامل الثمن الحقيقى فى ذلك الميعاد هو شرط لقبول دعوى الشفعة، فلا يملك البائع إعفاء الشفيع من شرط أوجبه القانون، لأنه فضلاً عن أن هذا الإعفاء مخالف لصريح النص، فإن الشرط المذكور لم يتقرر لمصلحة البائع وحده وإنما وضع لمصلحة من يكون له الحق فى الثمن المودع كله أو بعضها عندما يثبت حق الشفعة بحكم نهائى، سواء أكان صاحب هذا الحق هو المشترى الذى عجل كل الثمن أو بعضه للبائع، أم هو البائع الذى لم يستوف الثمن كله أو بعضه.

(نقض – جلسة ١٩٧٦/١/٢٩ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٢٧ – مدنى – ص ٣٤٧)

٥– إذا كانت المادة ٩٤٢ من القانون المدنى توجب على الشفيع إيداع كامل الثمن ضماناً لجدية طلب الشفعة وجعلت الجزاء على مخالفة ذلك هو سقوط الحق فى الأخذ بالشفعة، مما يدل على أن الشارع قد تعمد فى القانون الجديد – خلافاً لقانون الشفعة القديم – إغفال ملحقات الثمن فيما يجب إيداعه اكتفاء منه بتقييد حق الشفعة بإيداع الثمن الحقيقى فحسب، مما يتعين معه إعمال هذا القيد فى أضيق الحدود دون أن ينسحب إلى ملحقات الثمن التى لم يرد بها تكليف فى القانون، فإن إغفال الحكم المطعون فيه الرد على ما يثيرها الطاعنان بسبب النعى بسقوط حق المطعون عليه الأول فى الأخذ بالشفعة لعدم اشتمال صحيفة الدعوى على استعداد لدفع الملحقات لا يعيبه بالقصور.

(نقض – جلسة ١٩٧٨٤/٣/١٤ – المرجع السابق – السنة ٢٥ – ص)

٦– لما كان هدف المشرع من شرط إيداع الثمن قبل رفع دعوى الشفعة – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – هو ضمان الجدية فى طلب الشفعة دون تحديد فاصل زمنى معين بين الإيداع ورفع الدعوى وإذ يتحقق هذا الهدف بأسبقية الإيداع أو القبلية على رفع الدعوى، فإن اشتراط حصول الإيداع فى اليوم السابق يعد قيداً لا يحتمله نص المادة ٢/٢٤٢ مدنى.

(نقض – جلسة ١٩٧٠/١٢/١٠ – المرجع السابق – السنة ٢١ – ص ١٢٢٧)

٧– إن كل ما تشترطه المادة ٩٤٢ مدنى فى إعلان الرغبة أن يكون رسمياً ولم تستلزم حصوله بورقة مستقلة سابقة على إعلان صحيفة الدعوى، ومن ثم فلا على

الشفيع إن أعلن رغبته فى ذات إعلان الصحيفة ما دام قد تم فى الميعاد واستكمل جميع مقومات إعلان الرغبة.

(نقض – جلسة ١٩٧٠/١٢/١٠ – المرجع السابق – السنة ١ – ص ١٢٢٧)

٨- إذا كان طالب الشفعة لم يودع كل الثمن طبقاً لما توجبه المادة ٩٤٢ من القانون المدنى بعد أن علم به علماً يتعين من عقد البيع الذى قدمته المشترية، فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بسقوط حقه فى الأخذ بالشفعة لعدم إيداعه كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع وذلك تطبيقاً لنص المادة ٢/١٩٤٢ مدنى يكون قد طبق القانون تطبيقاً صحيحاً، لأنه إذا صح لطالب الشفعة أن يحتج بعدم علمه بحقيقة الثمن الذى حصل به البيع عند الإيداع ورفع دعوى الشفعة، فإنه لا يكون لهذا الاحتجاج وجه بعد تقديم عقد البيع من المشترية الثابت به الثمن الذى حصل كما لا يعفى طالب الشفعة من إيداع هذا النص كونه طعن عليه بالصورية لأنه فى هذه الحالة يكون مجازفاً فيحتمل خطر هذه المجازفة إذا أخفق فى إثبات هذه الصورية.

(نقض – جلسة ١٩٦٩/٥/١ – المرجع السابق – السنة ٢٠ – ص ٧٠٦)

٩- لما كان تنص المادة ٢/٩٤٢ مدنى صريحاً فى أن ما يجب إيداعه هو كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع، فإن اشتراط إيداع الثمن المسمى فى العقد ولو كان صورياً قيد لا يحتمله النص.

(نقض – جلسة ١٩٨٠/٤/١ – المرجع السابق – السنة ٣١ – ص ١٠٠٦)

١٠- نصت المادة ٢/٩٤٢ من القانون المدنى على أنه يجب خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة أن يودع خزانة المحكمة الكائن فى دائرتها العقار كامل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع مع مراعاة أن يكون هذا الإيداع قبل رفع الدعوى بالشفعة، فإن لم يتم الإيداع فى هذا الميعاد على هذا الوجه المتقدم سقط حق الأخذ بالشفعة، وإيداع الثمن خزانة المحكمة فى خلال الموعد الذى حددته المادة السابقة هو إجراء من إجراءات دعوى الشفعة بما يوجب حصوله أمام المحكمة المختصة قانوناً بنظر دعوى الشفعة بما يوجب حصوله أمام المحكمة المختصة قانوناً بنظر الشفعة.

(نقض – جلسة ١٩٨٢/١/١٨ – الطعن ٥٤٥ لسنة ٥١ق)

١١- وجوب إيداع الشفيع كامل الثمن الحقيقى للمبيع (م ٩٤٢ مدنى)، جزاء مخالفة ذلك سقوط الحق فى الأخذ بالشفعة. عدم ورود تكليف فى القانون ببيان المصروفات الرسمية بإعلان الرغبة.

(نقض – جلسة ١٩٨١/١١/٤ – الطعن ٧٣٠ لسنة ٤٨ق)

١٢- إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة ورقة من أوراق المحضرين الكتابة فيها شرط للاعتراف بوجودها، أثره: عدم جواز استكمال النقض فى بياناتها بدليل غير مستمد منها، عدم اعتداد الحكم بإقرار البائع بإعلان الشفيع له بالرغبة فى تاريخ معين، لا خطأ.

ميعاد الثلاثين يوماً المقرر لرفع دعوى الشفعة، بدء سريانه من تمام إعلان البائع والمشترى بالرغبة فى الأخذ بالشفعة، إعلان أحدهما قبل الآخر – العبرة بالإعلان الأخير.

(نقض – جلسة ١٩٨١/١/٢٦ – الطعن ٤١٨ لسنة ٤٨ق)

١٣– علم الشفيع بحصول البيع، ثبوته بالإنذار الرسمى الذى يوجهه إليه البائع أو المشترى، إحتساب ميعاد سقوط حق الشفعة من تاريخ الإنذار.

(نقض – جلسة ١٩٨٢/٥/٥ – الطعن ١٠٩ لسنة ٤٩ق)

١٤– ميعاد إبداء الرغبة فى الأخذ بالشفعة، بدؤه من تاريخ إنذار الشفيع رسمياً من البائع أو المشترى بالبيع ما لم يسجل عقد البيع – جواز ابداء الشفيع رغبته قبل ذلك.

(نقض – جلسة ١٩٨١/١/١٢ – الطعنان ٧٨١، ٩٥٨ لسنة ٤٩ق)

١٥– بينت المادة ٩٤٦ من القانون المدنى ما يحق للمشترى اقتضاؤه من الشفيع مقابل البناء أو الغراس الذى يجريه المشترى فى العقار المشفوع به، والمادة ٩٤٢ مدنى حددت ما يجب على الشفيع إيداعه بأنه كل الثمن الحقيقى الذى حصل البيع به، ورتبت على مخالفة ذلك سقوط حق الأخذ بالشفعة، وعبارة: "كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع" لا تتسع لأن يكون المستحق للمشترى مقابل البناء أو الغراس هو مما يجب على الشفيع إيداعه، ومن ثم فإن عدم إيداع الشفيع لهذا المقابل لا ينبنى عليه سقوط حق الأخذ بالشفعة، إذ القول بغير ذلك فيه إضافة لإجراء من إجراءات الشفعة لا يتطلبه القانون وإعمال للجزاء فى غير النطاق الذى حدده.

(نقض – جلسة ١٩٨٠/٦/٣ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٣١ – مدنى ص ١٦٦٣)

١٦– وجوب إيداع الشفيع كامل الثمن الحقيقى، لا محل لإيداع ملحقات الثمن.

(نقض – جلسة ١٩٨٢/٣/٣١ – الطعن ١٥٥٨ لسنة ٤٨ق)

١٧– إيداع الثمن قيد على حق الشفعة، وجوب إعمال فى أضيق الحدود، ملحقات الثمن لا يمتد لها هذا القيد.

(نقض – جلسة ١٩٨١/١/٨ – الطعن ٤٥٢ لسنة ٤٧ق)

١٨– الشفعة، لا تضامن بين الشفعاء فيها، عدم أحقية الطاعنة فى الأخذ بالشفعة فى الأخذ بالشفعة، مؤداه: ليس لها أن تطالبه بالتضامن مع آخرين.

(نقض ـ جلسة ١٩٨١/٤/٢ – الطعن ٢٥٦ لسنة ٤٨ق)

١٩– الشفيع – على ما جرى به قضاء محكمة النقض – يعتبر من طبقة الغير بالنسبة لطرفى عقد البيع سبب الشفعة، فلا يحتج عليه إلا بالعقد الظاهر، فمتى كان البيع قد أشهر فلا جناح على الشفيع إن هو رفع دعواه بالشفعة على البائع الظاهر فيه.

(نقض – جلسة ١٩٦٦/١٠/١٨ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ١٧ – مدنى – ص ١٥٣٠)

(ونقض – جلسة ١٩٦٥/١٢/٣٠ – المرجع السابق – السنة ١٦ – ص ١٣٨٤)

٢٠- لما كان هدف المشرع من شرط إيداع الثمن قبل رفع دعوى الشفعة – على ما جرى به قضاء النقض – هو ضمن الجدية فى طلب الشفعة دون تحديد فاصل زمنى معين بين الإيداع ورفع الدعوى، وإذ يتحقق هذا الهدف بأسبقية الإيداع أو القبلية على رفع الدعوى، فإن اشتراط حصول الإيداع فى اليوم السابق يعد قيد آخر لا يحتمله نص المادة ٢/٩٤٢ من القانون المدنى.

(نقض – جلسة ١٩٦٦/١٠/١٨ – المرجع السابق – السنة ١٧ ص ١٥٣٠)

٢١- إيداع الشفيع الثمن، وجوب حصوله خلال ثلاثين يوماً من تاريخ الإعلان لطلب الأخذ بالشفعة وقبل رفع الدعوى.

(نقض – جلسة ١٩٨٤/٤/١٧ – الطعنان ٥٥٦ و ٥٥٧ لسنة ٤٧ق)

٢٢- تضمن نص المادة ٢/٩٤٢ من القانون المدنى شرطين: أولهما – أن يودع الشفيع الثمن الحقيقى خزانة المحكمة خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ إعلان الرغبة. والثانى – أن يكون هذا الإيداع سابقاً على رفع الدعوى. وقد هدف المشرع من حصول هذا الإيداع قبل رفع الدعوى إلى ضمان الجدية فى طلب الشفعة ولم يحدد فاصلاً زمنياً معيناً بين الإيداع ورفع الدعوى. فاشتراط حصول الإيداع فى اليوم السابق هو قيد آخر لا يحتمله النص ولا يتفق مع فكرة التيسير فى الميعاد التى أخذ بها الشارع. أما التحدى بالمادة ٢٠ مرافعات قديم (المقابلة للمادة ١٥ من قانون المرافعات الحالى) فمردود بأن القانون قد شرط ميعادين أحدهما محدد بالأيام له بداية ونهاية والثانى غير محدد بالأيام وإنما بفاصل زمنى غير محدد وهو مجرد الأسبقية أو القبلية على رفع الدعوى مما لا محل معه لإعمال أحكام تلك المادة.

(نقض – جلسة ١٩٦١/١٠/١٦ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ١٢ – مدنى – ص ٦١٩)

٢٣- إذا كان إعلان دعوى الشفعة لم يتم بسبب تواطؤ المشترى والبائع لإخفاء موطن هذا الأخير، فإن مثل هذا التواطؤ لا يشفى إعتباراً على ورقة ردت دون إعلان ولم يكن من شأنه أن يحول دون إتخاذ الشفيع الإجراء القانونى الذى يؤدى إلى تمام إعلانه خلال المدة الباقية لرفع دعوى الشفعة بتسليم صورة الورقة إلى النيابة.

(نقض – جلسة ١٩٦٥/١١/٩ – المرجع السابق – السنة ١٦ – ص ٩٩٧)

٢٤- المادة ٩٤٢ من القانون المدنى توجب على الشفيع إيداع كامل الثمن ضماناً لجدية طلب الشفعة، وجعلت الجزاء على مخالفة ذلك هو سقوط الحق فى الأخذ بالشفعة بما يدل على أن الشارع قد تعمد فى القانون المدنى القائم – خلافاً لقانون الشفعة القديم – إغفال ملحقات الثمن مما يجب إيداعه، اكتفاء منه بتقييد حق الشفعة بإيداع الثمن الحقيقى فحسب، مما يتعين معه إعمال هذا القيد فى أضيق الحدود دون أن ينسحب إلى ملحقات الثمن التى لم يرد بها تكليف فى القانون.

(نقض – جلسة ١٩٨٠/٦/٣ – المرجع السابق – السنة ٣١ – ص ١٦٥٧)

٢٥- إن كل ما يترتب على عدم قيد إعلان الرغبة فى الشفعة هو تعرض الشفيع لخطر تصرف المشترى فى العقار للغير، ويكون هذا التصرف حجة على الشفيع (م٩٥١ مدنى ليبى) [١].

شفعة " إيداع الثمن " " سقوط الحق في الشفعة " " دعوى الشفعة " نقض. محكمة الموضوع.

٢٦ – وجوب إيداع الثمن الحقيقي الذى حصل به البيع في الميعاد خزانة المحكمة الكائن بدائرتها العقار المشفوع فيه. م٩٤٢ مدني. شرط لقبول دعوى الشفعة. أثر مخالفة ذلك. لمحكمة الموضوع القضاء من تلقاء نفسها بعدم قبولها. لمحكمة النقض إثارة ذلك بإعتباره مسألة متعلقة بالنظام العام. شرطه. إيداع الثمن الحقيقي. وجوب إتخاذه أمام المحكمة المختصة وإلا سقط الحق في الأخذ بالشفعة.

(الطعن ١١٨٥ لسنة ٥٤ق – جلسة ١٩٩٠/٥/٢ س٤١ ص٣٩)

٢٧ – يجب على الشفيع إيداع الثمن الحقيقي للعقار المشفوع فيه خزانة المحكمة المختصة بنظر دعوى الشفعة.

إيداع الشفيع الثمن الحقيقي للعقار المشفوع فيه. وجب أن يتم بخزينة المحكمة المختصة بنظر دعوى الشفعة. حصول الإيداع بخزينة المحكمة الجزئية الكائن بدائرتها العقار رغم أن المحكمة الإبتدائية هي المختصة بنظر الدعوى. أثره. سقوط الحق في الأخذ بالشفعة. المادتان ٩٤٢، ٩٤٣ من القانون المدني.

(الطعن ١٨٣٦ لسنة ٥٥ق جلسة ١٩٩٠/١١/٧ س٤١ ص٦١٢)

٢٨ – إلتزام الشفيع في حالة توالى البيوع بإستعمال حقه ضد المشترى الثاني وبالشروط التى إشترى بها. شرطه. وقوع البيع الأخير قبل تسجيل إعلان الرغبة ولو لم يكن مسجلاً أو ثابت التاريخ. الوقت المعول عليه لعدم الإحتجاج على الشفيع بالبيع الثاني هو وقت تسجيل إعلان الرغبة لا وقت حصول الإعلان. علة ذلك. المواد ٩٣٨، ٩٤٢، ٩٤٧ مدني.

(الطعن ٢٥٥٤ لسنة ٥٦ق – جلسة ١٩٩١/٤/٢٨ س٤٢ ص٩٨١)

٢٩- إيداع كامل الثمن في الميعاد وعلى الوجه المبين في المادة ٩٤٢ مدني. شرط لقبول دعوى الشفعة. تخلف هذا الشرط في الدعوى المقامة من الشفيع. تداركه وإعلان الشفيع رغبته في أخذ أرض النزاع بالشفعة بصحيفة دعوى أخرى. شرطه.

(الطعن ١٧٢ لسنة ٥٤ق جلسة ١٩٩١/١/١٤ س٤٢ ص٤٤٦)

٣٠ – إلتزام الشفيع بدفع الثمن الحقيقي الذى حصل الإتفاق عليه قبل هذا الثمن عن القيمة الحقيقية أو زاد عليها. إعتبار الثمن المسمى في العقد هو الثمن الحقيقي ما لم يثبت الشفيع صوريته.

المقرر وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن الثمن الواجب على الشفيع دفعه مقابل أخذه العين المبيعة بالشفعة فيما عدا الملحقات القانونية هو الثمن الحقيقي الذى

---

(١) المحكمة العليا فى ليبيا – جلسة ١٩٧١/٣/٢ – مجلة أحكام المحكمة العليا – السنة ٧ – العدد ٤ – ص ٧٥.

حصل الإتفاق عليه بين البائع والمشترى قبل هذا الثمن عن قيمة العين الحقيقية وقت البيع أو زاد عليها ويعتبر الثمن المسمى في العقد هو الثمن الحقيقي حتى يثبت الشفيع صوريته.

(الطعن ٧٤٧٤ لسنة ٦٥ق جلسة ١٩٩٦/١١/٢٠ س٤٧ ص١٣٢٤)

٣١ – الثمن الحقيقي. إستقلال محكمة الموضوع بإستخلاصه متى كان سائغاً. إعتداد الحكم المطعون فيه في تحديد الثمن الذى تمت به الصفقة بتقدير الخبير لقيمة العقار المشفوع فيه وقت البيع إستناداً إلى حركة السعر السائد وقتذاك. عيب.

إستخلاص الثمن الحقيقي وإن كان من مسائل الواقع التى تستقل بها محكمة الموضوع متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة إلا أن إعتداد الحكم في تحديد الثمن الذى تمت به الصفقة بتقدير الخبير لقيمة العقار المشفوع فيه وقت البيع إستناداً على حركة السعر السائدة وقتذاك وإقامته قضاءه على هذا الأساس وحده يصمه بالعيب.

(الطعن ٧٤٧٤ لسنة ٦٥ق جلسة ١٩٩٦/١١/٢٠ س٤٧ ص١٣٢٤)

٣٢ – إلتفات الحكم المطعون فيه عن طلب الطاعن إحالة الدعوى للتحقيق لإثبات الثمن الحقيقي للأرض المشفوع فيها وأخذه بتقرير الخبير الذى بنى على إعتبارات تتعلق بقيمة العين المشفوع فيها وقت البيع دون الثمن الحقيقي المتفق عليه. خطأ في القانون وإخلال بحق الدفاع.

لما كانت محكمة الموضوع قد عهدت إلى الخبير المنتدب بحث النزاع وبيان الثمن الحقيقي للأرض المشفوع فيها وقت البيع والذى خلص في تقريره إلى أن سعر الأرض مقداره.... مراعياً في ذلك تربة الأرض وصقعها ومجاورتها لمبانى بعضها حديث وبعضها قديم وجميع العناصر المؤثرة في الأسعار وتلك السائدة في منطقة عقار النزاع بما مؤداه أن هذا التقدير بنى على إعتبارات متعلقة بالقيمة التى كانت تساويها الأرض المشفوع فيها وقت البيع ولا علاقة لها بالثمن الحقيقى الذى إتفق عليه الطاعن مع المطعون ضده الأول، وإذا إلتفت الحكم المطعون فيه عن طلب الطاعن إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات الثمن الحقيقي للأرض المشفوع فيها فإنه يكون فضلاً عن مخالفته القانون مشوباً بالإخلال بحق الدفاع.

(الطعن ٧٤٧٤ لسنة ٦٥ق جلسة ١٩٩٦/١١/٢٠ س٤٧ ص١٣٢٤)

٣٣ – عدم إنذار الشفيع بالبيع. أثره. جواز إيداعه الثمن الذى يعتقد أنه مقابل البيع على أن يكمله عندما يتحقق من الثمن الحقيقي فيصح الإيداع. تخلف الشفيع عن إيداع الفرق بين الثمن الحقيقي الذى قدره الخبير والمبلغ الذى كان قد أودعه على أنه الثمن الذى علم أن البيع حصل به. أثره. سقوط حقه في الأخذ بالشفعة.

(الطعن ١٠٢٧ لسنة ٦٣ق جلسة ١٩٩٣/١٢/٩ س٤٤ ص٣٨٢)

٣٤ – صورية الثمن المسمى في عقد البيع المشفوع فيه. للشفيع الأخذ بالعقد الظاهر وعدم إلتزامه إلا بدفع الثمن المذكور فيه. شرطه. أن يكون حسن النية غير عالم بهذه الصورية وقت إظهار رغبته في الأخذ بالشفعة. عبء إثبات علم الشفيع بالصورية وقوعه على عاتق المشفوع ضده. إثبات الأخير سوء نية الشفيع وعلمه بالصورية وبالثمن الحقيقي من قبل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة. إعتبار الإيداع

ناقصاً. م٢/٩٤٢ مدني. أثره. سقوط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة. عدم إثبات المشفوع ضده ذلك. للشفيع الأخذ بالشفعة لقاء الثمن المبين في العقد. إعتباره إجراء الإيداع صحيح قانوناً.

(الطعن ٥٧٣٧ لسنة ٦٢ق جلسة ٢٠٠٠/١/١٣ لم ينشر بعد)

٣٥ – وحيث أن الطعن أقيم على سببين ينعى الطاعن بالسبب الثاني منهما على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون، وفى بيان ذلك يقول إنه دفع أمام محكمة الموضوع بسقوط حق المطعون ضده الأول في الاخذ بالشفعة لإيداعه الثمن خزانة محكمة دسوق الجزئية دون خزانة محكمة كفر الشيخ الإبتدائية المختصة بنظر الدعوى، وإذ رفضت المحكمة ذلك الدفع على سند من أن الثمن أودع خزانة المحكمة المختصة، فإن حكمها يكون معيباً بما يستوجب نقضه.

وحيث أن هذا النعى غير صحيح، ذلك أن الثابت في الأوراق أن المطعون ضده الأول أودع ثمن المبيع خزانة محكمة دسوق الكلية الكائن بدائرتها العقار المشفوع فيه المختصة بنظر دعوى الشفعة إعمالاً لحكم المادة ٢/٩٤٢ من القانون المدني، وإذ إلتزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وإعتد بذلك الإيداع، فإنه يكون قد طبق القانون تطبيقاً صحيحاً ويكون النعى بهذا السبب على غير أساس.

(الطعن ٣٢٦٩ لسنة ٦٢ق – جلسة ٢٠٠١/١/٣٠ لم ينشر بعد)

٣٦ – خلو المواد المنظمة لحق الشفعة في القانون المدني وقانون المرافعات من إشتراط إيداع الشفيع للثمن في خزانة المحكمة الواقع في دائرتها العقار والمختصة في ذات الوقت قيمياً بنظر دعوى الشفعة وورود لفظ المحكمة عاماً دون تخصيص في المادة ٢/٧٤٢ مدني. مؤداه. تحقق غرض المشرع من توافر جدية الشفيع بإيداع الثمن أياً من خزانتى المحكمة الجزئية أو الكلية الواقع في دائرتها العقار. أثره. عدم قبول أن يكون الإيداع في خزانة المحكمة الجزئية الأقرب للعقار من المحكمة الكلية المختصة قيمياً بنظر الدعوى سبباً في سقوط الحق في الشفعة. علة ذلك.

(الطعنان رقما ٥٠٨٥، ٥٧٨٩ لسنة ٧٢ق "هيئة عامة" – جلسة ٢٠٠٥/٥/١٨)

٣٧ – إيداع ثمن العقار المشفوع فيه. شرطه. أن يكون في خزانة المحكمة الواقع في دائرتها. م٢/٩٤٢ مدني. ورود لفظ المحكمةعاماً يصدق على المحكمة الجزئية والمحكمة الإبتدائية بإعتبار أن النطاق المكاني للمحكمتين واحد وأن المحكمة الجزئية جزء منه. مؤداه. إيداع الثمن خزانة المحكمة الجزئية يحقق ذات غرض المشرع في إيداعه خزنة المحكمة الواقع في دائرتها العقار. عدم زوال أثره لقضاء المحكمة الجزئية بعدم إختصاصها قيمياً بنظر الدعوى وبقاء الحق في الأخذ بالشفعة بمنأى عن السقوط. إلتزام الحكم المطعون فيه هذا النظر. صحيح.

(الطعنان رقما ٥٠٨٥، ٥٧٨٩ لسنة ٧٢ق "هيئة عامة" – جلسة ٢٠٠٥/٥/١٨)

٣٨– وجوب إيداع الشفيع الثمن الحقيقي الحاصل به البيع قبل رفع دعوى الشفعة وخلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة بخزانة المحكمة الكائن

في دائرتها العقار المشفوع فيه. الغاية منه. قعوده عن ذلك. أثره. سقوط الحق في الشفعة. م٢/٩٤٢ مدني.

(**الطعنان رقما ٥٠٨٥، ٥٧٨٩ لسنة ٧٢ق "هيئة عامة" – جلسة ٢٠٠٥/٥/١٨**)

٣٩- إيداع الثمن الحقيقي في دعوى الشفعة. م٢/٩٤٢ مدني. عدم جواز قصره على الإيداع النقدى وجوازه بشيك مصرفى. علة ذلك. الشيك المصرفي. ماهيته. شيلك يسحبه البنك على نفسه بطلب عميله خصماً من حسابه لدى البنك لصالح المستفيد. إستيفاؤه شرائطه القانونية. أثره. إنتقال ملكية مقابل الوفاء لذمة المستفيد المالية بمجرد إصداره وتسليمه.

(**الطعن رقم ١٠١٦٢ لسنة ٦٤ق – جلسة ٢٠٠٥/٨/٣٠**)

٤٠- إيداع الطاعنين شيكاً مصرفياً بكامل الثمن المسمى بعقد بيع العقار خزانة المحكمة قبل رفع دعوى الشفعة وخلال ثلاثين يوماً من تاريخ إبداء رغبتهم في الأخذ بها. قضاء الحكم المطعون فيه بسقوط حقهم في الشفعة بقالة إيداع الثمن بشيك مصرفى. خطأ ومخالفة للقانون.

(**الطعن رقم ١٠١٦٢ لسنة ٦٤ق – جلسة ٢٠٠٥/٨/٣٠**)

٤١- المقرر- وعلى ما انتهت إليه الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية ومواد الأحوال الشخصية بهذه المحكمة- أن مفاد نص المادة ٢/٩٤٢ من القانون المدني أن المشرع لم يشترط في المحكمة الواجب إيداع ثمن العقار المشفوع فيه خزانتها إلا أن يكون العقار واقع في دائرتها، وإذ كان لفظ المحكمة الكائن في دائرتها العقار قد جاء عاماً يصدق على المحكمة الجزئية جزء من النطاق المكاني للمحكمة الكلية، وأنه متى جاء لفظ المحكمة عاماً ولم يقم الدليل على تخصصه وجب حمله على عمومه، ومن ثم فإن إيداع الثمن خزانة المحكمة الجزئية يحقق ذات غرض المشرع في إيداع الثمن خزانة المحكمة الواقع في دائرتها العقار ويتحقق به أيضاً مقصود المشرع في توافر الجدية لدى الشفيع، وإذ تم هذا الإجراء صحيحاً على هذا النحو فلن يزول أثره لقضاء المحكمة الابتدائية بهيئة استئنافية بعدم اختصاص المحكمة الجزئية قيمياً بنظر الدعوى، ومن ثم يبقى الحق في الأخذ بالشفعة بمنأى عن السقوط وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون معيباً بما يوجب نقضه دون حاجة لبحث باقي أسباب الطعن على أن يكون مع النقض الإحالة.

(**الطعن رقم ٣٩٤٠ ـ لسنة ٦٧ ق ـ تاريخ الجلسة ١٢ / ٠٥ / ٢٠١٠**)

* * *

مادة (٩٤٣)

ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشترى أمام المحكمة الكائن فى دائرتها العقار وتقيد بالجدول. ويكون كل ذلك فى ميعاد ثلاثين يوماً من تاريخ الإعلان المنصوص عليه فى المادة السابقة وإلا سقط الحق فيها، ويحكم فى الدعوى على وجه السرعة.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٩٤٨ ليبى و ١١٣٩ و ٧٥٥ سودانى و ٢٤٧ لبنانى.

الأعمال التحضيرية:

المادة ١٣٩١ توافق المادتين ١٥ و ١٦ من قانون الشفعة الحالى، مع ملاحظة أن رفع دعوى الشفعة لا يكفى وحده، بل يجب أيضاً قيد الدعوى فى الجدول فى ميعاد ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة، حتى لا يتباطأ الشفيع فى الإجراءات دون مبرر وهذا حكم أضيف إلى النصوص التى أقرتها اللجنة[1].

وفى هذا الصدد تقضى الفقرة الأولى من المادة ٦٣ من قانون المرافعات الأخير رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ (السارى) بأن:

"ترفع الدعوى إلى المحكمة بناء على طلب المدعى بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة، ما لم ينص القانون على غير ذلك ..." ووفقاً لهذا النص تعتبر الدعوى مرفوعة ومقيدها من تاريخ إيداع صحيفتها قلم كتاب المحكمة المختصة، خلافاً لما كان عليه العمل فى ظل قانون المرافعات القديم والذى كان سارياً وقت العمل بأحكام الشفعة فى القانون المدنى الحالى (رقم ١٣١ لسنة ١٩٨٤)، والذى كان يفرق بين إجراء رفع الدعوى وإجراء قيدها، وهى الأحكام التى أشارت إليها مذكرة المشروع التمهيدى (الأعمال التحضيرية للقانون المدنى).

ومن ثم فإن أحكام المادة ٦٣ مرافعات جديد هى الواجب الاتباع فى شأن رفع دعوى الشفعة وقيدها.

أما انعقاد الخصومة، فشرطه، إعلان المدعى عليه بصحيفة الدعوى إعلاناً صحيحاً، بحيث يترتب على تخلفه زوال الخصومة كأثر المطالبة القضائية.

(نقض – جلسة ١٩٧٩/١٢/١١ – الطعن ٤٧٤ لسنة ٤٣ق)

ولذلك قضى بإعتبار الدعوى مرفوعة بإيداع صحيفتها قلم كتاب المحكمة (م ٦٣ مرافعات جديد)، سريان ذلك على دعوى الشفعة، لا محل لإعمال أحكام قانون المرافعات السابق السارى وقت صدور القانون المدنى.

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى – جزء ٦ – ص ٤٢٧.

رأى الفقه:

١- المدعى فى دعوى الشفعة هو الشفيع، والشفعة عمل من أعمال التصرف وليس من أعمال الإدارة، ولذا يشترط فى الشفيع أن يكون أهلاً للتصرف أى بالغاً سن الرشد غير محجور عليه جاز له وحده أن يرفع دعوى الشفعة، وله أن يوكل فى رفعها غيره بشرط أن تكون الوكالة وكالة خاصة، فالوكالة العامة لا تكفى لأنها تقتصر على أعمال الإدارة دون أعمال التصرف أما إذا كان الشفيع قاصراً أو محجوراً عليه، فوليه أو وصيه هو الذى يرفع دعوى الشفعة طبقاً لقانون الولاية على المال.

والمدعى عليه فى دعوى الشفعة هو كل من المشترى والبائع معاً فلا يكفى أن ترفع الدعوى على أيهما. والسبب فى ذلك أن ثبوت الحق فى الشفعة يترتب عليه أن يحل الشفيع محل المشترى فى مواجهة البائع، فأثر الشفعة إذن يمتد إلى كل من المشترى والبائع، وإليهما يوجه إعلان الرغبة فى الشفعة، وعليهما ترفع الدعوى بطلب الشفعة فى الميعاد القانونى. فإذا رفع الشفيع الدعوى على بعض بائعى العقار فى الميعاد القانونى وهو لا يعلم بوجود غيرهم، جاز له رفع الدعوى على البائعين الآخرين بمجرد علمه بهم ولو كان ذلك بعد إنقضاء الميعاد القانونى. وعلى كل حال يجب على الشفيع أن يختصم جميع البائعين وجميع المشترين الذين وردت أسماؤهم فى الإنذار الرسمى الموجه إليه بوقوع البيع حتى ولو كانت عقود بعض المشترين صورية بقصد التحايل على منع الشفعة.

وقد حسم المشرع الخلاف حول طبيعة دعوى الشفعة وحول تعيين المحكمة المختصة بنظرها فجعلها دعوى عينية عقارية حيث يطالب الشفيع بملكية عقار بسبب أسباب كسب الملكية وهو الشفعة، وعقد الاختصاص بها لمحكمة العقار، وذلك من حيث الاختصاص المحلى.

أما بالنسبة للاختصاص النوعى بنظر دعوى الشفعة، فقد تكون المحكمة المختصة نوعياً هى المحكمة الكلية وقد تكون المحكمة الجزئية حسب قيمة الثمن الوارد بعقد البيع، فإذا لم يزد الثمن على خمسمائة جنيه كانت المحكمة الجزئية هى المختصة بنظر دعوى الشفعة ويكون حكمها انتهائياً إذا لم تجاوز قيمة الدعوى خمسين جنيهاً (م ٤٢ مرافعات جديد المعدلة بالقانون رقم ٩١ لسنة ١٩٨٠). أما إذا تجاوز ثمن العقار المشفوع فيه خمسمائة جنيه، كان الاختصاص بنظر دعوى الشفعة منعقداً للمحكمة الابتدائية[١].

٢- إذا لم يسلم المشترى للشفيع بحقه فى الأخذ بالشفعة، وجب على الشفيع أن يرفع الدعوى على كل من البائع والمشترى معاً خلال ثلاثين يوماً تبدأ من تاريخ إعلان الرغبة أى من التاريخ الذى يتم فيه إعلان كل من البائع والمشترى بالرغبة، ومعنى وجوب رفع الدعوى فى هذا الميعاد أن يتم إعلان البائع والمشترى كليهما بصحيفة الدعوى قبل فوات هذا الميعاد، وكما يجب رفع الدعوى على البائع والمشترى

(١) الوسيط – ٩ – للدكتور عبدالرازق السنهورى – المرجع السابق – ص ٦٦٩ وما بعدها.

معاً يجب اختصامها فى كافة مراحل التقاضى. وبرغم من أن المادة ٩٤٣ مدنى لم تنص على زيادة ميعاد مسافة، إلا أن الفقه الغالب يرى إضافة ميعاد مسافة إلى الثلاثين يوماً، لأن سكوت المشرع لا يدل – وفقاً للأصول العامة فى التفسير – على قصد الخروج على القاعدة فى المرافعات التى تقضى بأن يزاد ميعاد مسافة على كل ميعاد معين فى القانون للحضور أو لمباشرة إجراء فيه (ومن أصحاب الرأى القائل بإضافة ميعاد مسافة برغم عدم النص عليه فى المادة ٩٤٣ مدنى: الأساتذة الدكاترة: محمد على عرفه – جزء ٢ ص ٥١٦، وعبدالمنعم فرج الصده – ص ٤٨٦، ومنصور مصطفى منصور – ص ٣٥١ – أما أنصار مسايرة صراحة النص فى عدم إضافة ميعاد مسافة فهم الأساتذة الدكاترة: محمد كامل مرسى – جزء ٣ – ص ٤٤٢، وشفيق شحاته – ص ٢٨٤).

أما ما ورد بالنص المذكور على أن يحكم فى الدعوى على وجه السرعة فالمقصود به مجرد حث المحكمة على سرعة الفصل فى الدعوى[١].

٣– دعوى الشفعة – وفقاً لنص المادة ٩٤٣ مدنى – يجب أن ترفع خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ طلب الشفعة أى من تاريخ تمام إعلان الرغبة، فإن لم ترفع الدعوى فى هذا الميعاد سقط الحق فى الشفعة، الميعاد يبدأ من تمام إعلان البائع والمشترى بالرغبة فى الأخذ بالشفعة، فإن أعلن أحدهما قبل الآخر، فالعبرة بالإعلان الأخير (نقض – جلسة ١٩٥٤/٥/١٣ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٥ – مدنى – ص ٨٦٧).

ولم يكتف القانون بوجوب رفع الدعوى فى الميعاد السابق، بل أوجب أيضاً قيدها فى هذا الميعاد، ووفقاً لقانون المرافعات الجديد يتم رفع الدعوى وقيدها فى نفس اليوم (م ٦٧ مرافعات) وميعاد رفع الدعوى – كما هو معروف – ميعاد حتمى يترتب على فواته سقوط الحق – ولذلك فهو لا يقبل وقفاً ولا انقطاعاً.

ولما كان طلب الشفعة هو من أعمال التصرف كالشراء، وجب أن تتوافر فى الشفيع أهلية التصرف، فإذا كان عديم الأهلية أو ناقصاً وجب على الوصى أو القيم استئذان المحكمة، ولا تكفى الوكالة العامة بل لابد من وكالة خاصة، ولأن الشفعة رخصة لم يكن للدائنين إستعمالها نيابة عن المدين وباسمه بطريق الدعوى غير المباشرة، لأن الحق فى الشفعة من الرخص الشخصية البحتة لا يجوز لدائنى الشفيع رفعها بالطريق غير المباشر.

وبعد الحكم بالشفعة سيحل الشفيع محل المشترى قبل البائع فى جميع حقوقه والتزاماته، فيتحول العقد من كونه بين البائع والمشترى إلى كونه بين البائع والشفيع. فالشفعة عملية قانونية تدور بين أطراف ثلاثة كل منهم طرف حقيقى فيها، يتحتم اختصامهم جميعاً فى الدعوى، وكما جرى قضاء النقض يجب اختصامهم جميعاً فى جميع مراحل التقاضى، وإلا كانت الدعوى غير مقبولة، فيجب على الشفيع اختصام المشترى والبائع فى المرحلة الابتدائية والاستئنافية وأمام النقض[٢].

---

(١) حق الملكية: للدكتور منصور مصطفى منصور – المرجع السابق – ص ٣٥٠ و ٣٥١.
(٢) حق الملكية – للدكتور عبدالمنعم البدراوى – المرجع السابق – ص ٣٩٧ وما بعدها.

٤- يجب على الشفيع أن يرفع دعوى الشفعة فى ميعاد أقصاه ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان رغبته فى الأخذ بالشفعة، فيجب على الشفيع إذن القيام بإجراءين فى هذه المدة: إيداع الثمن، ورفع الدعوى وقيدها. والخصوم فى دعوى الشفعة هم: الشفيع، والمشترى، والبائع، ومن ثم فإنه يجب على الشفيع أن يختصم كلاً من البائع والمشترى، وأن يرفع عليهما دعوى الشفعة فى الميعاد الذى نص عليه القانون، لأن الشفيع يحل محل المشترى فى علاقته بالبائع.

وترتفع الدعوى أمام المحكمة التى يقع فى دائرتها العقار المشفوع فيه ويتحدد اختصاص المحكمة نوعياً تبعاً لمقدار الثمن المذكور فى عقد البيع فإذا زاد عن ٥٠٠ جنيه (الآن) كانت المحكمة الابتدائية هى المختصة، وإن قل عن ذلك كان الاختصاص النوعى معقوداً للمحكمة الجزئية. وسواء أكان الاختصاص النوعى معقوداً للمحكمة الابتدائية أو الجزئية، فإن الاختصاص المحلى (المكانى) يتحدد بالمحكمة التى يقع العقار فى دائرتها (م ٩٤٣ مدنى).

وتعتبر الدعوى مرفوعة بإيداع صحيفتها قلم كتاب المحكمة المختصة، ومن ثم فإنه يجب أن يتم الإيداع فى خلال المدة التى حددها القانون (ثلاثين يوماً من وقت تمام إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة)، وهذه المدة تعتبر مدة سقوط، لا يرد عليها الوقف ولا الانقطاع، ومع ذلك فقد قضت محكمة النقض المصرية بأن رفع دعوى الشفعة أمام محكمة غير مختصة قاطع للتقادم، إذ أن مسائل الاختصاص كثيراً ما تكون معقدة، وليس هناك ما يوجب القول بسقوط الشفعة إذا رفع الشفيع دعوى أمام محكمة غير مختصة مكانياً أو نوعياً (نقض – جلسة ١٩٥٣/١١/٥ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٥ – مدنى – ص ١٤١).

ويذهب الدكتور محمد عمران إلى أن هذه المدة ولو أنها مدة سقوط إلا أنها تقبل الوقف إذا استحال على الشفيع بسبب قوة قاهرة بالمعنى الدقيق لها أن يرفع الدعوى فى خلال المدة التى نص عليها القانون وتظل المدة موقوفة ما بقى المانع قائماً[1].

من أحكام القضاء الحديثة:

١- شرط إمكان القول باستقامة دعوى الشفعة بتدخل المشترى الثانى الذى كان يجب إدخاله فيها أن يكون هذا التدخل قد حصل قبل الميعاد المقرر فى المادة ٩٤٣ مدنى، لرفع الدعوى.

(جلسة ١٩٧٣/١١/١٣ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٢٤ – مدنى – ص ١٠٧٠

٢- يشترط لقبول الدعوى أن يكون كل من المدعى والمدعى عليه أهلاً للتقاضى، وإلا باشرها من يقوم مقامهما. وإذ كان الثابت من عقدى البيع المسجلين أن الأب اشترى بصفته ولياً طبيعياً على أولاده القصر حصتهم فى الأعيان المبيعة بالعقدين المذكورين، وأن والدتهم دفعت ثمنها من مالها الخاص تبرعاً منها لهم، فإن قيام الشفيع بتوجيه دعوى الشفعة إليها دون والدهم الذى له الولاية عليهم يجعل الدعوى غير مقبولة بالنسبة لهم. ولا يجدى الحكم المطعون فيه استناده إلى المادة ١٩٥ مدنى

(١) الحقوق العينية الأصلية – للدكتور محمد على عمران – المرجع السابق – ص ١٤٢ وما بعدها.

والقول بأن والدة القصر كانت فضولية تعمل لصالحهم، إذ فضلاً عن قيامها بدفع الثمن عنهم لم يكن أمراً عاجلاً ضرورياً، فإن ذلك لا يخولها حق تمثيلهم فى التقاضى.

إن دعوى الشفعة من الدعاوى التى يوجب القانون اختصام أشخاص معينين فيها وهم البائع والمشترى وإن تعددوا، ومن ثم فمتى كانت الدعوى غير مقبولة بالنسبة لبعض المشترين فإنها تكون غير مقبولة بالنسبة للباقين.

(نقض – جلسة ١٩٧٣/١١/٢٩ – المرجع السابق – ص ١١٨٩)

٣– مفاد نص المادتين ٩٤٢ و ٩٤٣ مدنى أنه يتعين رفع دعوى الشفعة على البائع والمشترى أمام المحكمة الكائن فى دائرتها العقار وقيدها بالجدول، وذلك فى ميعاد ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة، وميعاد الثلاثين يوماً المقرر لرفع دعوى الشفعة على البائع والمشترى يبدأ سريانه من تمام إعلان كليهما بالرغبة فى الأخذ بالشفعة، فإن أعلن أحدهما قبل الآخر فالعبرة بالإعلان الأخير.

(نقض – جلسة ١٩٧٦/٥/٢٥ – المرجع السابق – السنة ٢٧ – ص ١١٨٤)

٤– إنه وإن كان الطاعنون قد وصفوا تدخلهم أمام محكمة أول درجة بأنه انضمامى ولم يطلبوا صراحة الحكم لأنفسهم بحق ذاتى، إلا أنه لما كان تدخله مبنياً على ادعائهم شراء العقار – محل طلب الشفعة – ولهذا فقد دفعوا بسقوط حق المطعون عليه الأول – طالب الشفعة – لعدم إنذارهم برغبته فى أخذ العقار المذكور بالشفعة ولعدم اختصامهم فى الدعوى، ومن ثم فإن تدخلهم على أساس من هذا الادعاء يكون فى حقيقته وبحسب مرماه تدخلاً هجومياً لأن الفصل فى موضوع هذا التدخل يقتضى بحث ما إذا كان عقدهم سابقاً أو لاحقاً على التاريخ الذى سجل فيه إعلان الرغبة فى الشفعة وفقاً لما تقضى المادة ٩٤٧ مدنى – وإذ انتهى الحكم المستأنف إلى أن عقد الطاغين لاحق على هذا التسجيل وخلص إلى أنه لا يسرى فى حق المطعون عليه الأول، فإن هذا القضاء يكون حكماً عليهم فى شأن ما يدعونه من حقوق على العقار المذكور فى مواجهة الخصوم فى الدعوى. وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بعدم جواز الاستئناف المرفوع من الطاغين تأسيساً على أن تدخلهم أمام محكمة أول درجة كان تدخلاً انضمامياً فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون.

(نقض – جلسة ١٩٧٧/٤/٢٦ – المرجع السابق – السنة ٢٨ – ص ١٠٥٠)

٥– الخصومة فى دعوى الشفعة لا تنعقد إلا باختصام البائع والمشترى والشفيع أو ورثة من يتوفى منهم فى جميع مراحل التقاضى بما فيها الطعن بالنقض، ومن ثم فإن بطلان الطعن بالنسبة لأحدهم يستتبع بطلانه بالنسبة للباقين.

(نقض – جلسة ١٩٧٩/٥/٣١ – المرجع السابق – السنة ٣٠ – ص ٤٩٣)

٦– لما كان الثابت من عقد البيع المشهر أنه يتضمن بيعين كل منهما مستقل عن الآخر تماماً، ففى حين باع المطعون عليها الثامن إلى الطاعن الأطيان المشفوع فيها، فقد باع له المطعون عليه التاسع أطياناً **أخرى**، ولما كانت المحكمة قد دانته إلى أن الحكم بالشفعة فى هذه الحالة ليس فيه تجزئة للصفقة، فإن الخصومة فى دعوى الشفعة الراهنة تستقيم باختصام الطاعن والمطعون عليه الثامن، ومن ثم لا يفيد الطاعن من

الحكم باعتبار الدعوى كأن لم تكن أو اعتبار المدعى تاركاً دعواه أو بسقوط الخصومة بالنسبة للمدعى عليه التاسع.

(نقض – جلسة ١٩٧٩/٦/٧ – المرجع السابق – ص ٥٧٨)

٧- عقد البيع الابتدائى يتولد عنه بمجرد تمامه حق الشفعة لكل من قام به بسبب من أسبابها، ومن واجب الشفيع فى هذا العقد أن يراقب ما يطرأ على أطرافه من تغيير فى الصفة أو الحالة ليوجه إليهم إجراءات الشفعة بالوضع الصحيح الذى أصبحوا عليه وقت اتخاذها.

تنص المادة ١١٥ مرافعات على أنه إذا رأت المحكمة أن الدفع بعدم قبول الدعوى لانتفاء صفة المدعى عليه قائم على أساس أجلت الدعوى لإعلان ذى الصفة، وكان تصحيح الدعوى بإدخال صاحب الصفة فيها يجب ألا يخل بالميعاد المحدد لرفعها، فإن التصحيح لا ينتج أثره إلا إذا تم خلال الميعاد، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر، وأقام قضاءه بسقوط الحق فى الشفعة على أن الطاعن لم يختصم فيها سوى إحدى المشتريات (المطعون عليها الثالثة) ولم يختصم باقى المشتريات بأشخاصهن إلا بعد الميعاد مع سبق اختصام والدهن باعتباره ولياً عليهن فى الميعاد رغم بلوغهن سن الرشد، فإن النعى على الحكم يكون على غير أساس.

تقدير قيام التحايل لإسقاط حق الشفعة هو من مسائل الواقع التى يستقل بها قاضى الموضوع متى كان استخلاصه سائغاً.

(نقض – جلسة ١٩٨٠/٢/١٢ – المرجع السابق – السنة ٣١ – ص ٤٨١)

٨- اعتبار دعوى الشفعة مرفوعة بإيداع صحيفتها قلم الكتاب (م ٦٣ مرافعات)، لا محل لإعمال قانون المرافعات السارى وقت صدور القانون المدنى، ذلك لأن القانون لم يستثن دعوى الشفعة من الطريق العادى لرفع الدعاوى. ولما كانت المادة ٩٤٣ مدى قد اكتفت بالنص على رفع دعوى الشفعة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة دون أن تحيل صراحة إلى قواعد رفع الدعوى التى كان معمولاً بها وقت صدور القانون المدنى أو ترسم طريقاً معيناً لرفعها، إذ كان ذلك فإن دعوى الشفعة تكون مرفوعة من تاريخ إيداع صحيفتها قلم كتاب المحكمة وفق قانون المرافعات الحالى المنطبق على واقعة الدعوى.

(نقض – جلسة ١٩٨٠/٦/٣ – الطعن ٤٧٦ لسنة ٤٧ق)

٩- لابد لقبول دعوى الشفعة أن تكون الشفعة فيها قائمة بين أطرافها الشفيع والمشترى والبائع، سواء أكان فى أول درجة أو فى الاستئناف أو فى النقض، فإن رفعها أيهم فى أية مرحلة من مراحلها ولم يختصم الباقين، تقضى المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبولها.

(نقض – جلسة ١٩٨١/٣/٣ – الطعن رقم ١١٢ لسنة ٤٥ق)

١٠- عدم قبول دعوى الشفعة فى جميع مراحلها إلا إذا كانت الخصومة فيها قائمة بين أطرافها الثلاثة، وعلى الشفيع مراقبة ما يطرأ على الخصوم من تغيير فى الصفة أو الحالة، ويجب تصحيح الدعوى بإدخال صاحب الصفة خلال الميعاد المحدد

لرفع دعوى الشفعة. دعوى الشفعة يجب إقامتها خلال الثلاثين يوماً التالية لإعلان الشفيع رغبته (م ٩٤٢ و ٩٤٣ مدنى) عدم تعليقه بدء الميعاد على انقضاء ميعاد إعلان الرغبة ودعوى الشفعة يجب اختصام البائع والمشترى وإن تعددوا. عدم قبول الدعوى بالنسبة لبعض المشترين يجعلها غير مقبولة بالنسبة للباقين.

نقض – جلسة ١٩٨١/٣/١٧ – الطعن رقم ٨٣٢ لسنة ٤٧ق.

١١– طلب الأخذ بالشفعة عند توالى البيوع، وجوب إدخال المشترى الثانى فى الدعوى متى تم البيع له قبل تسجيل إعلان الرغبة فى الشفعة ولو ادعى الشفيع صورية عقده.

نقض – جلسة ١٩٨١/٤/٧ – الطعن ١٢١ لسنة ٤٨ق

ونقض – جلسة ١٩٨١/٥/٢٨ – الطعن ٣٧١ لسنة ٤٨ق.

١٢– عدم قبول دعوى الشفعة فى جميع مراحلها إلا باختصام الشفيع والمشترى ولو وقف أحدهم من الخصومة موقفاً سلبياً.

نقض – جلسة ١٩٨١/١/١٠ – الطعن رقم ١٢٥٩ لسنة ٤٧ق.

١٣– ميعاد الثلاثين يوماً المقرر لرفع دعوى الشفعة يبدأ سريانه من تمام إعلان البائع والمشترى بالرغبة فى الأخذ بالشفعة، فإذا أعلن أحدهما قبل الآخر فالعبرة بالإعلان الأخير.

نقض – جلسة ١٩٨١/٤/٢٩ – الطعن رقم ٤١٧ لسنة ٤٨ق.

١٤– رفع الطعن بالنقض قبل العمل بالقانون ٢١٨ لسنة ١٩٨٠، النعى بعدم إيداع الثمن قبل رفع الدعوى، عدم تقديم صورة رسمية من صحيفة وإيصال إيداع الثمن، نعى عار من الدليل.

نقض – جلسة ١٩٨١/١١/٤ – الطعن رقم ٧١٠ لسنة ٤٨ق.

١٥– الحكم بوقف الدعوى، مناطه، رفض طلب وقف دعوى الشفعة لحين الفصل فى دعوى فسخ البيع، استناد الحكم فى ذلك إلى جواز الشفعة فى البيع المعلق على الشرط الصريح الفاسخ، لا خطأ.

نقض – جلسة ١٩٨١/١/١٢ – الطعنان ٨٧٠ و ٩٥٢ لسنة ٤٩ق.

١٦– دعوى الشفعة، اعتبارها مرفوعة بإيداع صحيفتها قلم الكتاب (م ٦٣ مرافعات)، لا محل لإعمال قانون المرافعات السارى وقت صدور القانون المدنى، ذلك لأن القانون لم يستثن دعوى الشفعة من الطريق العادى لرفع الدعاوى ولما كانت المادة ٩٤٣ من القانون المدنى قد اكتفت بالنص على رفع دعوى الشفعة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة دون أن تحيل صراحة إلى قواعد رفع الدعوى التى كان معمولاً بها وقت صدور القانون المدنى أو ترسم طريقاً معيناً لرفعها – إذ كان ذلك فإن دعوى الشفعة تعتبر مرفوعة من تاريخ إيداع صحيفتها قلم كتاب المحكمة وفق قانون المرافعات الحالى المنطبق على واقعة الدعوى.

نقض – جلسة ١٩٨١/٦/١٦ – الطعن رقم ٥٦٦ لسنة ٤٧ق.

١٧- عدم قبول دعوى الشفعة فى جميع مراحلها إلا باختصام الشفيع والمشترى والبائع ولو وقف أحدهم من الخصومة موقفاً سلبياً.

نقض – جلسة ١٩٨١/٦/٣٠ – الطعن رقم ١٣٥٩ لسنة ٤٧ق.

١٨- إيداع الثمن قيد على حق الشفعة، وجوب إعماله فى أضيق الحدود، ملحقات الثمن لا يمتد لها هذا القيد.

نقض – جلسة ١٩٨١/١/٨ – الطعن رقم ٤٥٢ لسنة ٤٧ق.

١٩- عقد البيع غير المسجل، أثره، التزام البائع بتسليم المبيع للمشترى الذى له حق الانتفاع به والبناء على سبيل البقاء والقرار. إحداث المشترى بناء على الأرض المبيعة له، أثره، يقوم به سبب الشفعة عقد البيع الابتدائى، ثبوت الحق فى الشفعة به لكل من قام به سبب من أسبابها. الخصوم فى دعوى الشفعة: الشفيع، والبائع، والمشترى، عدم وجود اختصام البائع للبائع.

نقض – جلسة ١٩٨١/٥/٥ – الطعن رقم ١٠٩ لسنة ٤٩ق.

٢٠- رفع دعوى الشفعة أمام محكمة غير مختصة، أثره، قطع مدة سقوط الحق فى الأخذ بالشفعة طالما أن الدعوى قائمة.

نقض – جلسة ١٩٨٢/٢/١٧ – الطعن رقم ٤٩١ لسنة ٤٦ق.

٢١- اعتبار الاستئناف كأن لم يكن لعدم إعلان صحيفة الاستئناف خلال ثلاثة أشهر من تاريخ تقديمها إلى قلم الكتاب (م ٧٠ و ٢٤٠ مرافعات)، لا يملك التمسك به إلا من شرع لمصلحته ولو كان الموضوع غير قابل للتجزئة أو فى دعوى يوجب القانون اختصام أشخاص معينين فيها كدعوى الشفعة.

نقض – جلسة ١٩٨٢/٢/١٧ – الطعن رقم ٤٩١ لسنة ٤٦ق.

٢٢- للشفيع الاستغناء عن إعلان رغبته فى الأخذ بالشفعة برفع دعوى الشفعة رأساً على كل من البائع والمشترى، شرط ذلك إعلان صحيفة الدعوى خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الإنذار بعقد البيع.

نقض – جلسة ١٩٨٢/٥/١٣ – الطعن رقم ٣٩٩ لسنة ٤٩ق.

٢٣- اعتبار الشفيع من الغير بالنسبة لطرفى عقد البيع سبب الشفعة، إثبات البيع بكافة طرق الإثبات القانونية بما فيها البينة.

نقض –جلسة ١٩٨٢/٦/١٧ – الطعن رقم ١٧٦١ لسنة ٤٨ق.

٢٤- دعوى الشفعة تعتبر متعلقة بملكية العقار المشفوع فيه وهو ما أكدته المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات فى المادة ٣٧ منه، البند الثانى من هذه المادة ينص على أن الدعاوى المتعلقة بملكية العقارات تقدر قيمتها بقيمة العقار، دعوى الشفعة تقدر بقيمة العقار.

(نقض – جلسة ١٩٨٣/١٢/٢٩ – الطعن رقم ١٥٨ لسنة ٥٠ق.

٢٥- دعوى الشفعة، وجوب رفعها وقيدها، خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة (م ٩٤٣ مدنى)، اعتبار الدعوى مرفوعة بإيداع صحيفتها قلم كتاب المحكمة (م ٦٣ مرافعات).

(نقض – جلسة ١٩٨٤/٤/١٧ – الطعنان ٥٥٦ و ٥٥٧ لسنة ٤٧ق)

٢٦- إن دعوى الشفعة ترفع على البائع والمشترى (مادة ٩٤٧ مدنى ليبى)، ويجب اختصام الأطراف الثلاثة فى دعوى الشفعة وهم: الشفيع والمشترى والبائع يتحتم اختصام الأطراف الثلاثة فى جميع درجات التقاضى: أمام محكمة الدرجة الأولى وأمام محكمة الاستئناف وأمام محكمة النقض على السواء، وأياً من يكون رافع الدعوى أو الاستئناف أو الطعن من بينهم، فإن رفعها أحدهم ولم يختصم صاحبيه فى أى مرحلة من تلك المراحل كانت الدعوى غير مقبولة.

(العليا الليبية – جلسة ١٩٦٤/٦/١٣ – الطعن رقم ٢٨ لسنة ١٠ ق – المجلة – السنة ١ـ عدد ١)

٢٧ – المقرر في قضاء هذه المحكمة أن النص في المادة ٩٤٣ من القانون المدني على ان " ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشترى أمام المحكمة الكائن في دائرتها العقار... وإلا سقط الحق فيها " يدل على أنه لابد لقبول دعوى الشفعة من إختصام الشفيع والبائع والمشترى في أول درجة أو في الإستئناف أو النقض وسواء كان رافع الدعوى أو الطاعن في الحكم هو الشفيع أو البائع أو المشترى، أما إذا رفعها أيهم في أية مرحلة من مراحلها تلك ولم يخاصم الآخرين قضت المحكمة ولو من تلقاء نفسها بعدم قبولها.

(الطعن ١٣٣٠ لسنة ٥٨ق – جلسة ١٩٩٠/١/١٤ لم ينشر بعد)(١)

٢٨ – دعوى الشفعة. وجوب إختصام البائعين والمشترين والشفعاء جميعاً في كافة مراحل التقاضى بما فيها الطعن بالنقض. بطلان الطعن بالنسبة لبعضهم. أثره. عدم قبول الطعن بالنسبة للباقين القانون يوجب في دعوى الشفعة أن يختصم فيها البائعون والمشترون والشفعاء جميعاً في كافة مراحل التقاضى بما فيها الطعن بالنقض وأن بطلان الطعن بالنسبة إلى بعضهم يترتب عليه عدم قبولها بالنسبة للباقين.

(الطعن ٢٠٤٥ لسنة ٦٤ق – جلسة ١٩٩٥/٦/١٤ س٤٦ ص٨٦٩)

٢٩- إذ كانت المواد المنظمة لحق الشفعة في القانون المدني لا يوجد فيها ولا في قانون المرافعات نص صريح يشترط أن يكون إيداع الشفيع للثمن في خزانة المحكمة الواقع في دائرتها العقار والمختصة في ذات الوقت قيمياً بنظر دعوى الشفعة وإنما ورد بنص المادة ٢/٩٤٢ من القانون المدني لفظ المحكمة الكائن بدائرتها العقار عاماً يصدق على المحكمة الجزئية كما يصدق على المحكمة الكلية بمفهوم أن النطاق المكاني للمحكمتين واحد باعتبار أن النطاق المكاني للمحكمة الجزئية هو جزء من النطاق المكاني للمحكمة الكلية لأنه متى جاء لفظ المحكمة عاماً ولم يقم الدليل على تخصيصه وجب حمله على عمومه، لذلك إن إيداع الثمن أياً من خزانتي المحكمة الجزئية أو الكلية الواقع في دائرتها العقار يحقق ذات غرض المشرع من توافر جدية الشفيع وليس فيه ما ينال من توجه المشرع إلى تقييد الحق في الشفعة ومن ثم فلا يقبل أن يكون الإيداع في خزانة المحكمة الجزئية – التي قد تكون هي الأقرب للعقار من المحكمة الكلية المختصة قيمياً بنظر الدعوى – سبباً في سقوط حق الشفيع الذي ينبغي أن يتحقق إلا من خطأ يستأهله أو نص يوجبه، ويؤكد هذا النظر أن المشرع في قانون

(١) راجع في هذا قضاء النقض في المواد المدنية المرجع السابق ص٢٠٧٧

المرافعات لم يرتب سقوط الحق في أية دعوى – بما فيها دعوى الشفعة – إذا ما رفعت إلى محكمة غير مختصة قيمياً بنظر النزاع، ومن ثم فإنه لا يكون مقبولاً أن يكون إيداع الثمن في دعوى الشفعة والذي هو من إجراءاتها ولا يرقى لأهمية رفع الدعوى نفسها لايساغ أن يكون هذا الإيداع في محكمة غير مختصة قيمياً بنظر الدعوى سبباً في سقوط حق الشفعة لأن هذا السقوط عندئذ سيأتي على غير خطأ يستأهله وبغير نص يوجبه.

(الطعن رقم ٥٧٨٩ ـ لسنة ٧٢ ق ـ تاريخ الجلسة ١٨ / ٠٥ / ٢٠٠٥)

٣٠- مفاد نص المادة ٩٤٢ /٢ من القانون المدني أن المشرع لم يشترط في المحكمة الواجب إيداع ثمن العقار المشفوع فيه خزانتها إلا أن يكون العقار واقع في دائرتها، وإذ كان لفظ المحكمة الكائن في دائرتها العقار وعلى ما انتهت إليه الهيئة (الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية ومواد الأحوال الشخصية) قد جاء عاماً يصدق على المحكمة الجزئية جزء من النطاق المكاني للمحكمة الكلية، وأنه متى جاء لفظ المحكمة عاماً ولم يقم الدليل على تخصيصه وجب حمله على عمومه، ومن ثم فإن إيداع الثمن خزانة المحكمة الجزئية يحقق ذات غرض المشرع في إيداع الثمن خزانة المحكمة الواقع في دائرتها العقار ويتحقق به أيضاً مقصود المشرع في توافر الجدية لدى الشفيع، وإذ تم هذا الإجراء صحيحاً على هذا النحو فلا يزول أثره لقضاء المحكمة الجزئية بعدم اختصاصها قيمياً بنظر الدعوى، ومن ثم يبقى الحق في الأخذ بالشفعة بمنأى عن السقوط، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر، فإن النعي بخصوص ذلك يكون على غير أساس.

(الطعن رقم ٥٧٨٩ ـ لسنة ٧٢ ق ـ تاريخ الجلسة ١٨ / ٠٥ / ٢٠٠٥)

٣١- إذ كانت القواعد المنظمة للاختصاص القيمي للمحاكم الواردة في قانون المرافعات – والتي أعيد النظر فيها أكثر من مرة على ضوء التغيير الذي لحق قيمة العملة – لا تستهدف حماية خاصة لأحد أطراف الخصومة وإنما أراد بها المشرع أن تكون الدعاوى قليلة القيمة من اختصاص القاضي الجزئي بينما يختص بالدعاوى عالية القيمة الدائرة الكلية بالمحكمة الابتدائية المشكلة من ثلاثة قضاة لهم مجتمعين من الخبرة والدراية ما يناسب أهمية الدعاوى عالية القيمة.

(الطعن رقم ٥٠٨٥ ـ لسنة ٧٢ ق ـ تاريخ الجلسة ١٨ / ٠٥ / ٢٠٠٥)

* * *

مادة (٩٤٤)

الحكم الذى يصدر نهائياً بثبوت الشفعة يعتبر سنداً لملكية الشفيع، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٩٤٨ ليبى و ١١٤١ عراقى و ٧٥٦ سودانى و ٢٥٢ لبنانى.

الأعمال التحضيرية:

المادة ١٣٩٣ من المشروع التمهيدى (م ٩٤٤ مدنى) توافق المادة ١٨ والفقرة الرابعة من المادة ١٤ من القانون الحالى (قانون الشفعة الملغى) [١].

رأى الفقه:

١- يخلص من نص المادة ٩٤٤ من القانون المدنى أنه إذا صدر حكم نهائى بثبوت حق الشفيع فى الشفعة، فإن هذا الحكم يعتبر سنداً لملكية الشفيع للعقار المشفوع فيه، فما المقصود بعبارة أن الحكم يعتبر سنداً لملكية الشفيع؟ هل المقصود بسند الملكية السبب القانونى المنشئ لحق الملكية؟ أم أنه دليل الملكية وحجتها؟ مما لا شك فيه أن عبارة سند الملكية تحتمل المعنيين: معنى السبب القانونى المنشئ لملكية الشفيع.

ويترتب على ثبوت حق الشفيع فى الأخذ بالشفعة أن تنتقل ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع، وانتقال الملكية للشفيع إنما هو نتيجة ترتبت على حلول الشفيع محل المشترى فى عقد البيع الذى تم ما بين البائع والمشترى، فتنتقل ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع دون المشترى بناء على هذه الحلول، ومادام الشفيع قد حل محل المشترى، فيتعين أن تحدد بعد أن يتم هذا الحل علاقة الشفيع بالبائع، وعلاقته بالمشترى، وعلاقته بالغير.

فبالنسبة لعلاقة البائع بالمشترى، فبعد أن يثبت حق الشفيع فى الشفعة ويحل الشفيع محل المشترى فى عقد البيع المشفوع فيه، فإن هذا البيع بين البائع والمشترى يعتبر كأن لم يكن ويتحول إلى كونه بين البائع والشفيع، ولا تقوم للمشترى دعوى بضمان الاستحقاق ولا يرجع على البائع بالتعويض.

والشفعة – بالتراضى أو بالتقاضى – سبب لحلول الشفيع محل المشترى، وتنتقل الملكية إليه دون المشترى، وأنه – وفقاً لقضاء النقض – يحل محل المشترى من وقت صدور الحكم له بثبوت حقه فى الشفعة، لأن هذا الحكم منشئ لحق الشفيع لا كاشف عنه[٢].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى – الجزء ٦ – ص ٤٣٠.
(٢) الوسيط – ٩– للدكتور السنهورى – ص ٦٩٦ وما بعدها.

من أحكام القضاء الحديثة:

١- العين المشفوع فيها تصير إلى ملك الشفيع بالحكم النهائى القاضى بالشفعة، إذ هو سند تملكه المنشئ، وذلك إعمالاً لما تنص عليه المادة ٩٤٤ من القانون المدنى. ومن ثم يكون ريع هذه العين من حق الشفيع من تاريخ هذا الحكم النهائى.

(نقض- جلسة ١٩٨٤/٥/٩ - الطعن ١٨١٠ لسنة ٥٠ق، والطعن ٣٩٣٠ لسنة ٥٢ق)

٢- إذا كانت ملكية الشفيع للعين المشفوع فيها - وعلى ما جرى به قضاء النقض - لا تنشأ إلا برضاء المشترى بالشفعة أو بالحكم الصادر بها، ولا يرتد أثر هذه الملكية إلى تاريخ البيع الحاصل للمشترى ولا إلى تاريخ المطالبة بالشفعة وفقاً لنص المادة ٩٤٤ من القانون المدنى التى تنص على أن الحكم الذى يصدر نهائياً بالشفعة يعتبر سنداً لملكية الشفيع وذلك من إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل.

(نقض - جلسة ١٩٨٩/٣/١٢ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٣٢ - ص ٧٨٦)

٣- العين المشفوع فيها لا تصير إلى ملك الشفيع فى غير حالة التراضى إلا بالحكم النهائى القاضى له بالشفعة، مما يستتبع إلا أن يكون للشفيع حق فى ريع هذه العين إلا ابتداء من تاريخ هذا الحكم.

(نقض - جلسة ١٩٦٤/٤/٩ - المرجع السابق - السنة ١٥ - ص ٥١٦)

٤ - العين المشفوع فيها. صيرورتها ملكاً للشفيع بالحكم النهائي القاضى بالشفعة وحلوله محل المشترى في جميع حقوقه وإلتزاماته المقرر في قضاء هذه المحكمة - أن الحكم الذى يصدر نهائياً بثبوت الشفعة يعتبر سنداً لملكية الشفيع يقوم مقام عقد البيع الذى يترتب عليه أن يحل الشفيع قبل البائع محل المشترى في جميع حقوقه وإلتزاماته.

(الطعن ٩٢٣ لسنة ٥٩ق جلسة ١٩٩٤/١/١٩ س٤٥ ص٢٠٣)

٥ - الصفقة الواحدة. ليس للشفيع أخذ بعضها دون باقيها. علة ذلك. عدم الإضرار بالمشترى بتبغيض الصفقة وتجزئتها. وحدة الصفقة أو تعددها. مناطه. الرجوع إلى شروط العقد وإرادة المتعاقدين.

من المقرر أنه إذا كانت الصفقة واحدة فإنه لا يجوز للشفيع - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن يقررها على المشترى بأن يأخذ بعض الصفقة ويدع باقيها وذلك حتى لا يضار هذا المشترى بتبغيض الصفقة وتجزئتها. إن المناط في وحده الصفقة أو تعددها يرجع إلى شروط العقد وإدارة المتعاقدين.

(الطعن ١٩٩٥ لسنة ٥٥ق جلسة ١٩٩٥/٢/٩ س٤٦ ص٣٦٦)

٦ - بيع جزء شائع في عقار لعدة مشترين على الشيوع. للشفيع الأخذ بالشفعة في نصيب أحدهم دون أنصبة الباقين. لا يعد ذلك تجزئة للصفقة.

من المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أنه إذا بيع جزء شائع في عقار لمشترين متعددين على الشيوع فإن للشفيع الأخذ بالشفعة في نصيب أحد هؤلاء المشترين متى توافرت أسباب الشفعة دون أنصبة الباقين ولا يكون في هذا تجزئة للصفقة لأنها مجزأه من الأصل.

(الطعن ١٨٣٧ لسنة ٦٠ق جلسة ١٩٩٥/٣/٢٩ س٤٦ ص٥٥٤)

٧ – الحكم النهائي بثبوت الشفعة. هو السند المنشئ لحق الشفيع في تملك العقار المشفوع فيه ومصدر ملكية الشفيع. توقفه على شهر هذا الحكم. م٩٤٤ مدني. علة ذلك المقصود " بالسند " في تلك المادة. السبب القانوني المنشئ لحق الملكية لا دليل الملكية وحجيتها.

من المقرر – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن المشرع بما نص عليه في المادة ٩٤٤ من القانون المدني على أن حكم الشفعة يعتبر سنداً لملكية الشفيع وهو ما يطابق نص المادة ١٨ من ديكريتو ٢٣ سنة ١٩٠١ بقانون الشفعة القديم، فإنه إنما أراد "بالسند" السبب القانون المنشئ لحق الملكية لا دليل الملكية وحجيتها، وبالتالى يكون هذا الحكم هو السند المنشى لحق الشفيع في تملك العقار المشفوع فيه ومصدر ملكيته له، أما تحققها فيتوقف على شهر الحكم النهائي بثبوتها وفقاً لعجز المادة ٩٤٤ المشار إليها.

(الطعن ١١٣ لسنة ٦١ق جلسة ١٩٩٧/٥/٢٩ س٤٨ ص٨٤٠)

٨– لما كان من المقرر ان جريمة النصب بطريق الاحتيال القائمة على التصرى فى مال ثابت ليس ملكا للمتصرف ولا له حق التصرف فيه لا تتحقق الا باجتماع شرطين الاول: ان يكون العقار المتصرف فيه غير مملوك للمتصرف الثانى: الا يكون للمتصرف حق التصرف فى ذلك العقار وكان القانون المدنى نص فى المادة ٩٤٤ منه على ان الحكم الذى يصدر نهائيا بثبوت الشفعة يعتبر سندا لملكية الشفيع وذلك دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل كما نصت المادة التاسعة من قانون الشهر العقارى رقم.... لسنة ١٩٤٦ على وجوب تسجيل جميع التصرفات التى من شأنها انشاء حق من الحقوق العينية الاصلية او نقله او تغييره او زواله وكذلك الاحكام النهائية المثبتة لشئ من ذلك وانه يترتب على عدم التسجيل ان الحقوق المشار اليها لا تنشأ ولا تنتقل لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة لغيرهم لما كان وكان الثابت من المفرادات المضمومة ان الطاعنة باعت العقار للمدعيين بالحقوق المدنية بموجب عقد بيع ابتدائى مؤرخ ١٦ من فبراير ١٩٨٢ وان الحكم الصادر بثبوت ملكية ذلك العقار بالشفعة لم يسجل الا بتاريخ ١٣ من مارس سنة ١٩٨٣ ومن ثم فان الملكية وقت البيع لم تكن قد انتقلت للشفيع لانه لم يسجل الحكم الصادر لصالحه الا بعد تصرفها للعين المبيعة لان انتقال الملكية اصبح بحكم قانون التسجيل مرتبطا بالتسجيل وحده ومن ثم تكون الواقعة المسندة الى الطاعنة بمنأى عن التأثيم.

(الطعن رقم ٣٦٩٦ ـ لسنة ٦٥ ق ـ تاريخ الجلسة ١٥ / ١٢ / ٢٠٠٣)

* * *

آثار الشفعة

مادة (٩٤٥)

١ـ يحل الشفيع قبل البائع محل المشترى فى جميع حقوقه والتزاماته.

٢ـ وإنما لا يحق له الانتفاع بالأجل الممنوح للمشترى فى دفع الثمن إلا برضاء البائع.

٣ـ وإذا استحق العقار للغير بعد أخذه بالشفعة، فليس للشفيع أن يرجع إلا على البائع.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل المواد العربية التالية: مادة ٩٤٩ ليبى و ١١٤٢ عراقى و٢٥٣ لبنانى و ٧٥٧ سودانى و ٩٠٠ كويتى و١١٦٥ أردنى.

الأعمال التحضيرية:

يراجع – لاحقاً – التعليق بالأعمال التحضيرية الواردة على المادة ٩٤٧ من هذا الكتاب.

رأى الفقه:

١– يخلص من نص المادة ٩٤٥ من القانون المدنى أنه متى ثبت للشفيع حقه فى الشفعة رضاء أو قضاء، تحول البيع بين أن يكون بين البائع والمشترى إلى أن يكون بين البائع والشفيع. ويعتبر الشفيع هو المشترى منذ البداية إذ أنه قد حل محل المشترى فى هذا البيع فى جميع حقوقه والتزاماته، ويلتزم البائع نحو الشفيع بجميع التزاماته.

والتزامات البائع هى نقل ملكية المبيع والتسليم وضمان التعرض وضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية. والتزامات المشترى هى دفع الثمن والفوائد وتسلم المبيع.

وتنتقل الملكية بالتسجيل إلى الشفيع الذى له أن يتصرف بعد الشهر فى العقارى المشفوع فيه.

ويرجع الشفيع على البائع بضمان التعرض الحاصل فيه أو من الغير (م ٤٣٩ مدنى)، وكذلك يضمن الاستحقاق ويضمن البائع أخيراً العيوب الخلفية مباشرة نحو الشفيع ويلتزم الشفيع بتسلم العقار المبيع من البائع إذا كان لا يزال فى يده، أو من المشترى إذا كان قد تسلمه من البائع[١].

٢– إن العقد الذى انتقلت به الملكية إلى المشترى لا ينفسخ بالحكم الصادر فى دعوى الشفعة، وإنما تتحول الالتزامات والحقوق التى تكون قد ترتبت على هذا العقد من ذمة المشترى إلى ذمة الشفيع. ولهذا نصت المادة ١/٩٤٥ من القانون المدنى: "يحل الشفيع قبل البائع محل المشترى فى جميع حقوقه والتزاماته".

---

(١) الوسيط – ٩ – مجلد ١ – للدكتور السنهورى والمستشار مصطفى الفقى – طبعة ٢ – ١٩٩٢ – نقابة المحامين – ص ٩٧١ وما بعدها.

ولو استحق العقار للغير بعد أخذه بالشفعة، فليس للشفيع أن يرجع على المشترى، وإنما لا يكون له إلا الرجوع على البائع، ذلك أن ضمان الاستحقاق هو التزام ناشئ عن عقد البيع، والشفيع يحل محل المشترى فى جميع حقوقه قبل البائع[1].

أحكام القضاء الحديثة:

١- إن نص المادة ١/٩٤٥ من القانون المدنى قد جرى على أن يحل الشفيع محل المشترى فى جميع حقوقه والتزاماته، ولذا يضحى المشترى بعد القضاء بالشفعة كما لو لم يشتر من قبل.

(نقض – جلسة ١٩٨٥/٣/٧ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٣٦ – ص ٣٥٨)

٢- نقض الحكم القاضى بالشفعة يترتب عليه اعتباره كأن لم يكن، وإعادة القضية والخصوم إلى ما كانت وكانوا عليه قبل صدور الحكم المنقوض. ومعنى ذلك سقوط جميع الآثار التى ترتبت عليه، وبطلان كل ما اتخذ من أعمال وإجراءات تنفيذاً له، وبالتالى يتعين رد ما قبض أو حصل تسلمه من مال أو عقار نتيجة له مع فوائد النقود وثمار العقار، وتجب الثمار من يوم إعلان تقرير الطعن بالنقض إلى حائز العقار.

(نقض – جلسة ١٩٦٤/٤/٩ – المرجع السابق – السنة ١٥ – ص ٥١٦)

٣ – الأخذ بالشفعة. مقتضاه. حلول الشفيع قبل البائع محل المشترى في جميع حقوقه وإلتزاماته الناشئة عن عقد البيع المشفوع فيه تحمل المشترى غرم الشفعة لخروجه من الصفقة عند إجابة الشفيع إلى طلبه. خصومه الشفعة. إستقامتها في جميع مراحلها ومنها النقض بإختصام أطرافها الثلاثة المشترى والبائع والشفيع. علة ذلك.

إذ كان من مقتضى الأخذ بالشفعة – وفقاً لحكم المادة ٩٤٥ من القانون المدني – حلول الشفيع قبل البائع محل المشترى في جميع حقوقه وإلتزاماته الناشئة عن عقد البيع المشفوع فيه ويتحمل المشترى فيها غرم الشفعة لخروجه من الصفقة عند إجابة الشفيع إلى طلبه، ولا تستقيم خصومة الشفعة في جميع مراحلها ومنها الطعن بالنقض إلا بإختصام أطرافها الثلاثة – المشترى والبائع والشفيع – كما يفصل في حلول الشفيع قبل البائع محل المشترى ولو كان العقار خرج عن ملك المشترى بأي وجه من وجوه التصرف.

(الطعن ٦٩٠٨ لسنة ٦٦ق – جلسة ١٩٩٧/١١/٣٠ س٤٨ ص١٣٧٤)

* * *

(١) الحقوق العينية الأصلية – للدكتور عبدالمنعم البدراوى – الطبعة الثالثة – ١٩٦٨ – ص ٥٢٢.

مادة (٩٤٦)

١- إذا بنى المشترى فى العقار المشفوع أو غرس فيه أشجاراً قبل إعلان الرغبة فى الشفعة، كان الشفيع ملزماً تبعاً لما يختاره المشترى أن يدفع له إما المبلغ الذى أنفقه، أو مقدار ما زاد فى قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس.

٢- وأما إذا حصل البناء أو الغراس بعد إعلان الرغبة فى الشفعة كان للشفيع أن يطلب الإزالة فإذا اختار أن يستبقى البناء أو الغراس فلا يلتزم إلا بدفع قيمة أدوات البناء وأجرة العمل أو نفقات الغراس.

النصوص العربية المقابلة:

المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:

مادة ٩٥٠ ليبى، و ١١٤٣ عراقى و ٩٠١ كويتى و ١١٦ أردنى و ٧٥٨ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

يراجع – لاحقاً – التعليق الوارد على الأعمال التحضيرية على نص المادة ٩٤٧ مدنى.

رأى الفقه:

١- حرص المشرع على أن يبين حكم بناء المشترى أو غراسه فى العقار المشفوع فيه. وهو قد فرق بين ما إذا هذا قبل إعلان الرغبة أو بعدها:

(أ) فإذا بنى المشترى فى العقار المشفوع أو غرس فيه أشجاراً قبل إعلان الرغبة فى الشفعة، كان للشفيع تبعاً لما يختاره المشترى أن يدفع إما المبلغ الذى كان أنفقه أو مقدار ما زاد فى قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس (م ٩٤٦/ مدنى).

ويلاحظ أن الخيار بين المبلغين هو للمشترى لا للشفيع على خلاف ما هو مقرر فى أحكام الالتصاق من أن الخيار يكون لا يعد فى الواقع بانياً أو غارساً فى أرض غيره، بل هو يبنى ويغرس فى ملكه.

(ب) أما إذا حصل البناء أو الغراس بعد إعلان الرغبة فى الشفعة، فللشفيع أن يطلب الإزالة. فإذا اختار أن يستبقى البناء أو الغراس، فلا يلزم إلا بدفع قيمة أدوات البناء وأجرة العمل أو نفقات الغراس. وهذه معاملة تفضل معاملة البانى فى ملك غيره بسوء نية وفقاً لأحكام الالتصاق، حيث يكون لصاحب الأرض إذا اختار استبقاء المنشآت أن يدفع إما قيمتها مستحقة الإزالة أو مبلغاً يساوى ما زاد فى ثمن الأرض بسببها (م ٩٢٤ مدنى)[١].

---

(١) الحقوق العينية الأصلية – للدكتور عبدالمنعم البدراوى – ص ٣، ٥، وانظر الوسيط – مجلد – للدكتور السنهورى – ص ٦٩٦ وما بعدها.

من أحكام القضاء الحديثة:

١- العبرة فى الشفعة هى بحالة العقار المشفوع فيه وقت بيعه. فإذا أقام المشترى عليه بناء أو غرس فيه أشجاراً، سواء قبل أو بعد إعلان الرغبة، فإن ذلك – وعلى ما جرى به قضاء النقض – لا يحول دون للشفيع بأحقيته فى الشفعة طالما قد توافرت لديه أسبابها واستوفى إجراءاتها القانونية. وآية ذلك أن المشرع قد عالج هذه الحالة كأثر من الآثار المترتبة على الحكم بثبوت الشفعة، فنص فى المادة ٩٤٦ مدنى (تنظر المادة).

(نقض – جلسة ١٩٧٩/٣/٥ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٣٠ – ص ٧٠٨)

(ونقض – جلسة ١٩٨٢/٣/٣١ – المرجع السابق – السنة ٣٣ – الطعن ١٥٥٨ لسنة ٤٨ق)

٢- بنيت المادة ٩٤٦ من القانون المدنى ما يحق للمشترى اقتضاؤه من الشفيع مقابل البناء أو الغراس الذى يجريه المشترى فى العقار المشفوع به، والمادة ٩٤٢ من هذا القانون حددت ما يجب على الشفيع إيداعه بأنه (كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع) ورتبت على مخالفة ذلك سقوط حق الأخذ بالشفعة، وعبارة: (كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع) لا تتسع لأن يكون المستحق للمشترى مقابل البناء أو الغراس هو ما يجب على الشفيع إيداعه، ومن ثم فإن عدم إيداع الشفيع لهذا المقابل لا ينبنى عليه سقوط حق الأخذ بالشفعة، إذ القول بغير ذلك فيه إضافة لإجراء من إجراءات الشفعة لا يتطلبه القانون، وأعمال للجزاء فى غير نطاق الذى حدده.

(نقض – جلسة ١٩٨٠/٦/٣ – المرجع السابق – السنة ٣١ – ص ١٦٦٣)

* * *

openkan.com

مادة (٩٤٧)

لا يسرى فى حق الشفيع أى رهن رسمى أو أى حق اختصاص أخذ ضد المشترى ولا أى بيع صدر من المشترى ولا أى حق عينى رتبه أو ترتب ضده إذا كان كل ذلك قد تم بعد التاريخ الذى سجل فيه إعلان الرغبة فى الشفعة. ويبقى مع ذلك للدائنين المقيدين ما كان لهم من حقوق الأولوية فيما آل للمشترى من ثمن العقار.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى فى البلاد العربية المواد التالية:

مادة ١٩٥١ ليبى والمادة ١١٤ عراقى والمادة ٩٠٢ كويتى و ١/١١٦٧ أردنى و ٧٥٩ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

المواد ١٣٩٤ و ١٣٩٥ و ١٩٦٥ توافق المواد ١٠ و ١٢ و ١٣ من قانون الشفعة الحالى، هذا وقد تناقشت اللجنة فى جلستها الأخيرة التى عقدتها للنظر فى نصوص الشفعة (الجلسة الثانية عشرة) فى إضافة نص يقضى بأن الغلة تكون للشفيع من وقت إعلانه الأخذ بالشفعة وعليه من ذلك الوقت أيضاً فوائد ما لم يودعه من الثمن فى خزينة المحكمة، وقد اقترح أحد الأعضاء فى لجنة فرعية نصاً بهذا المعنى ولكن اللجنة لم تناقشه (والرأى فى ذلك أن الشفيع يحل محل المشترى فى الصفقة، فيملك من وقت إعلان الرغبة فهو يتملك الثمار بالحيازة إذ هو حسن النية إلى هذا الوقت. ومادام قد تملك الثمار فلا يتقاضى فائدة على الثمن. ومنذ أن يعلن الرغبة فى الأخذ بالشفعة لا يملك الثمار، وتكون للشفيع إذ هو المالك، وللمشترى أن يطالب بالفوائد من الوقت الذى لا يتملك فيه الثمار) [(١)].

رأى الفقه:

١- يواجه النص حالة ما إذا ترتبت حقوق عينية على العقار المشفوع فيه من جانب المشترى، ومتى تسرى فى حق الشفيع، وهنا يجب التمييز بين الحقوق العينية التى ترتبت قبل تسجيل إعلان الرغبة فى الشفعة، وتلك التى ترتبت بعد تسجيل هذا الإعلان. وقبل هذا نبحث حالة الحقوق العينية التى ترتبت على العقار المشفوع فيه من جانب البائع وحتى تسرى فى حق الشفيع، وهنا أيضاً تميز بين الحقوق التى ترتبت قبل تسجيل إعلان الرغبة فى الشفعة، تلك التى ترتب بعد تسجيل هذا الإعلان[(٢)].

٢- المادة ٩٤٧ مدنى تتكلم عن مدى الاحتجاج ضد الشفيع بالحقوق العينية التى رتبها المشترى أو ترتبت ضده، وكما هو ظاهر تفقر المادة بين ما إذا كانت هذه الحقوق قد نشأت قبل تسجيل إعلان الرغبة أو بعده.

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى – الجزء ٦ – ص ٤٤٠.
(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى – الجزء ٦ – ص ٤٤٠.

(أ) فإذا تصرف الشفيع فى هذه الفترة أو اكتسب الغير على العقار حقا عينياً كرهن أو اختصاص أو ارتفاق، فإن الحق يكون قد ترتب على عقار يملكه المشترى، ومن ثم فإن التصرف صحيح، ويحتج به على الشفيع.

ويشترط لذلك أن تكون السندات المنشئة لهذه الحقوق قد شهرت بموافقة القانون أى سجلت أو قيدت قبل تسجيل إعلان الرغبة.

وكما يجوز للمشترى أن يبيع فى هذه الفترة يجوز له أيضاً أن يقايض على العقار أو يهبه، والمقايضة والهبة تمنعان الشفعة. هذا، وللشفيع أن يطعن فى تلك التصرفات بالصورية فيثبت أنها ليست حقيقية. وكثيراً ما يكون من أثر هذه الحقوق التى ترتبت على العقار إحجام التشفيع عن أخذ العقار بالشفعة والبيع من التصرفات التى يجوز للمشترى أن يبرمها فيحتج بها على الشفيع مادامت قد تمت قبل تسجيل إعلان الرغبة.

ويكون من أثر هذا البيع أن الشفيع لا يأخذ بالشفعة إلا من المشترى الثانى وبالشروط التى اشترى بها. فالمادة ٩٤٧ مدنى أشارت صراحة إلى البيع الصادر من المشترى. وكذلك نصت المادة ٩٣٨ مدنى على أنه: "إذا اشترى عيناً تجوز الشفعة فيها ثم باعها قبل أن تعلن أية رغبة فى الأخذ بالشفعة أو قبل تسجيل هذه الرغبة طبقاً للمادة ٩٤٢ (مدنى)، فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشترى الثانى وبالشروط التى اشترى بها".

ومعنى ذلك أن المشترى إذا باع العقار المشفوع فيه قبل تسجيل إعلان الرغبة كان على الشفيع أن يأخذ بالشفعة من المشترى الثانى ووفقاً للشروط التى اشترى بها هذا الأخير. ولا يشترط أن يتم تسجيل هذا البيع قبل إعلان الرغبة. ذلك أنه لا يشترط أن يكون البيع أساس الشفعة مسجلاً ولا ثابت التاريخ. فيجب إذن إدخال المشترى الثانى فى دعوى الشفعة متى ثبت أن هذا البيع قد تم قبل تسجيل إعلان الرغبة ولو لم يسجل قبل ذلك (نقض – جلسة ٣١٩٥٤/٤ – مجموعة المكتب الفنى – السنة الخامسة – ص ٥٨٣). وقد تكون شروط هذا العقد الجديد أبهظ من شروط العقد الأول، بل إن العقد الجديد قد يمنع الشفيع من الشفعة إذا كان بيعاً مما لا تجوز الشفعة فيه، كأن يكون صادراً لأحد الأقارب مثلاً، ولهذا يحسن دائماً أن يبادر الشفيع إلى تسجيل إعلان الرغبة. ويجب على الشفيع فى حالة البيع الثانى أن يتخذ الإجراءات ضد المشترى الأول بصفته بائعاً والمشترى الثانى وهو المشفوع منه، وتسرى المواعيد فى حقه بالطبع من تاريخ إنذاره بالبيع الثانى.

ومن الطبيعى أنه يجوز للشفيع أن يثبت صورية البيع الثانى، أى أنه حصل بقصد الهروب من الشفعة أو تعويقها.

(ب) فإذا وقعت تصرفات المشترى بعد تسجيل الرغبة، لم يكن لأصحاب هذه الحقوق الاحتجاج بل على الشفيع، لأنه حفظ حقه بتسجيل إعلان الرغبة (يراجع: نقض – جلسة ١٩٥٠/٣/٩ – مجموعة المكتب الفنى – السنة الأولى – ص ٣١٢). ولذلك فإن الشفيع يتلقى العقار خالصاً من هذه الحقوق.

وكذلك أيضاً إذا باع المشترى العقار بعد تسجيل الشفيع إعلان الرغبة، فلا يحتج بهذا البيع عليه، وله أن يمضى فى إجراءات الشفعة ضد المشترى الأول وبالشروط التى اشترى بها.

وقد أراد المشرع حماية حقوق الدائنين المقيدين قبل المشترى الذى ترتبت ضده هذه الحقوق. فحقوق أصحاب الرهون أو الاختصاص، وإن كان لا يحتج بها على الشفيع لقيدها بعد تسجيل إعلان الرغبة، إلا أنها تنتقل إلى آل المشترى من ثمن العقار، فتكون لهم الأولوية على الثمن المستحق للمشترى من ثمن العقار، فتكون لهم الأولوية على الثمن المستحق للمشترى، وهذا يفترض أن المشترى كان قد عجل الثمن إلى البائع، فهنا يلتزم الشفيع بأداء هذا الثمن للمشترى، والثمن كما هو معروف مودع فى خزانة المحكمة.

أما إذا لم يكن المشترى قد عجل الثمن للبائع، فإن الثمن يكون مستحقاً للبائع، ومن ثم لا تنتقل حقوق دائنى المشترى عليه[1].

من أحكام القضاء الحديثة:

١- يجب على الشفيع الذى يريد الأخذ بالشفعة فى حالة توالى البيوع – وعلى ما جرى عليه قضاء محكمة النقض – أن يستعمل حقه وفقاً للمادة ٩٣٨ مدنى ضد المشترى الثانى وبالشروط التى اشترى بها متى ثبت أن البيع لذلك الأخير قد تم قبل تسجيل إعلان الرغبة فى الشفعة، فالوقت المعول عليه لعدم الاحتجاج على الشفيع بالبيع الثانى هو وقت تسجيل إعلان الرغبة لا وقت حصول الإعلان. ومما يؤيد هذا النظر المادة ٩٤٧ مدنى التى تقضى بأنه لا يسرى فى حق الشفيع أى تصرف يصدر من المشترى إذ كان قد تم بعد التاريخ الذى سجل فيه إعلان الرغبة فى الشفعة، مما مؤداه بمفهوم المخالفة أن الشفيع يحتاج بتصرف الذى يصدر من المشترى طالما ثبت أن هذا التصرف قد تم قبل تسجيل إعلان رغبة الشفيع، وأن المادة ٩٤٢ مدنى قد أكدت هذا النظر، إذ قضت بأن إعلان الرغبة فى الشفعة لا يكون حجة على الغير إلا إذا سجل. لما كان ما تقدم، وكان يبين من مدونات الحكم المطعون فيه أن الطاعن لم يسجل إعلان رغبته فى الأخذ بالشفعة الحاصل بحصول البيع الثانى، فإن الحكم إذ اعتد بهذا العقد والثمن الوارد به لا يكون قد خالف القانون.

(نقض – جلسة ١٩٧٨/١٢/١٢ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٢٩ – ص ١٨٩١)

٢- النص فى المادة ٩٣٨ مدنى على أنه: "إذا اشترى الشخص عيناً تجوز الشفعة فيها، ثم باعها قبل أن تعلن أية رغبة فى الشفعة أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة طبقاً للمادة ٩٤٢ مدنى، فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشترى الثانى وبالشروط التى اشترى بها". والنص فى المادة ٩٤٧ مدنى على أنه: "لا يسرى فى حق الشفيع أى رهن رسمى أو أى حق اختصاص آخر ضد المشترى ولا أى بيع صدر من المشترى ولا أى حق عينى رتبه أو ترتب ضده إذا كان قد تم بعد التاريخ

(١) الحقوق العينية الأصلية – للدكتور عبدالمنعم البدراوى – ص ٥٢٣ وما بعدها.

الذى سجل فيه إعلان الرغبة فى الشفعة"، مفادهما أنه إذا مارس الشفيع حقه فى الأخذ بالشفعة فإنما يتخذ إجراءات دعواه قبل مشترى العقار ودون اعتداد بالبيع الذى صدر من هذا المشترى متى ثبت أن البيع قد تم فى تاريخ تال لتسجيل إعلان الرغبة فى الشفعة.

(**نقض – جلسة ١٩٨٢/٦/٢٤ – الطعن ١٣٩٢ لسنة ٤٨ق**)

* * *

obeikan.com

سقوط الشفعة

مادة (٩٤٨)

يسقط الحق فى الأخذ بالشفعة فى الأحوال الآتية:

(أ) إذا نزل الشفيع عن حقه فى الأخذ بالشفعة ولو قبل البيع.

(ب) إذا انقضت أربعة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع.

(ج) فى الأحوال الأخرى التى نص عليها القانون.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالدول العربية، المواد التالية:
مادة ٩٥٢ ليبى و ١١٣٤ عراقى و ٢٤٦ لبنانى و ٧٦٠ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

الفقرة الأولى من هذا النص تقابل المادة ١٩ فقرة أولى من القانون الحالى، وقد أجازت اللجنة التنازل مقدماً عن الشفعة حتى يستطيع المشترى أن يأمن جانب الشفيع قبل أن يقدم على الشراء. والفقرة الثانية تقابل المادة ٢٢ من القانون الحالى وقد أنقصت اللجنة المدة من ستة أشهر إلى ثلاثة[1].

من أحكام القضاء الحديثة:

١- النزول عن الشفعة قبل البيع – وعلى ما جرى به قضاء النقض – إن هو إلا تعهد من الشفيع بالامتناع عن استعمال حق الشفعة عند حصول البيع مما يوجب أن يكون صريحاً.

أما النزول الضمنى عن حق الشفعة فيفترض فيه حصول البيع ثم صدور عمل أو تصرف من الشفيع بعد ذلك يفيد الرغبة عن استعمال حق الشفعة، سواء تم إنذار الشفيع أو لم يتم.

(نقض – جلسة ١٩٨١/١١/١٠ – الطعن ٩٧٢ لسنة ٥٠ ق)

٢- أجازت المادة ١/٩٤٨ مدنى: النزول عن الحق فى الأخذ بالشفعة قبل البيع. وعلى ذلك إذا أقام الشركاء المشتاعون بناء بقصد تمليك طوابقه وشققه للغير بطريق البيع عد هذا نزولاً منهم عن حقهم فى أخذ الطوابق أو الشقق بالشفعة عند بيع أحدهم نصيبه فيها، وهذا المفهوم الصحيح لإرادة الشركاء المشتاعين فى نظام تمليك الطوابق والشقق.

(نقض – جلسة ١٩٧٨/٦/٧ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٢٩ – ص ١٤٢٤)

٣- النزول الضمنى عن الحق فى الأخذ بالشفعة يفترض صدور عمل أو تصرف من الشفيع بعد البيع يفيد الرغبة عن استعمال ذلك الحق.

(نقض – جلسة ١٩٧٨/١/١٠ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٢٩ – ص ١١٥)

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى – جزء ٦ – ص ٤٤٤.

٤- الدفع بسقوط الحق فى الشفعة لسبب من الأسباب الواردة فى القانون (باب الشفعة) هو دفع موضوعى وارد على ذات الحق المطالب به، ومن ثم فإن الحكم الصادر بقبوله أو برفضه يكون حكماً صادراً فى الموضوع، مما يطعن فيه على استقلال فى الميعاد القانونى، وإلا صار نهائياً وحاز قوة الأمر المقضى.

(نقض – جلسة ١٣/٤/١٩٧٠ – المرجع السابق – السنة ٢١ – ص ٦٨٣)

٥- التنازل عن الشفعة لا يلتزم به إلا من ارتضاه، ولا ينتقل إلى الخلف الخاص، ولا يتأثر الخلف الخاص بنزول سلفه عن الشفعة.

(نقض – جلسة ١٦/٦/١٩٨١ – الطعن ٥٦٦ لسنة ٤٧ق)

٦- ميعاد الثلاثين يوماً المحددة لرفع دعوى الشفعة (م ٩٤٣ مدنى) ميعاد سقوط – إيداع صحيفة الدعوى قلم الكتاب قاطع لمدة السقوط (م ٦٣ مرافعات).

هذا الميعاد يبدأ سريانه من تمام إعلان البائع والمشترى بالرغبة فى الأخذ بالشفعة. إعلان أحدهما قبل الآخر، العبرة بالإعلان الأخير.

(نقض – جلسة ١٧/٤/١٩٨٤ – الطعنان ٥٦٦ و ٥٥٧ لسنة ٤٧ق)

٧ – الإنذار الموجه للشفيع بياناته. م٩٤١ مدني. الغرض منه تعريف الشفيع بأركان البيع الجوهرية. علم الشفيع بحصول البيع شرطه. تخلف هذا الشرط. أثره. إنفتاح ميعاد إعلان الشفيع برغبته في أخذ العقار المبيع إلى ما بعد تسجيل البيع بأربعة أشهر. م٩٤٨/ب مدني.

(الطعن ١٧٢ لسنة ٥٤ق جلسة ١٤/٢/١٩٩١ س٤٢ ص٤٤٦)

٨ – النزول الضمنى عن الشفعة. شرطه. صدور عمل أو تصرف من الشفيع يفيد حتماً رغبته في عدم إستعمال هذا الحق وإعتبار المشترى مالكاً نهائياً للمبيع أو إتخاذه موقفاً يكشف عنه بوضوح. إستخلاصه من سلطة محكمة الموضوع متى كان سائغاً ومستمداً مما له أصل ثابت بالأوراق.

(الطعن ٢٣٨ لسنة ٥٣ق جلسة ٢١/٥/١٩٨٧ لم ينشر بعد)

(الطعن ٤٠٣ لسنة ٥٤ق جلسة ٢٧/١٠/١٩٨٨ لم ينشر بعد)

(الطعن ٢٠٠٣ لسنة ٥٣ق جلسة ٦/٤/١٩٨٩ لم ينشر بعد)

(الطعن ٥٤٢ لسنة ٤٧ق جلسة ١٨/١/١٩٨١ س٣٢ ص١٣٢)

(الطعن ١٤٧٨ لسنة ٥٤ق جلسة ١١/١١/١٩٨٢ س٣٣ ص٨٩٧)

(الطعن ٥٤ لسنة ٥٨ق جلسة ١٥/١٢/١٩٩٢ لم ينشر بعد)

٩ – النزول الضمني عن الحق في طلب الأخذ بالشفعة. شرطه. صدور تصرف من الشفيع ينطوى على إعتبار المشترى مالكاً نهائياً للمبيع. سلطة محكمة الموضوع في إستخلاص النزول الضمني حسبما أن تقيم قضاءها على أسباب سائغة تكفى لحمله.

(الطعن ٢٣٦٨ لسنة ٥٦ق جلسة ٢٤/٦/١٩٩٣ لم ينشر بعد)

١٠ – وحيث عن الطعن أقيم على ثلاثة أسباب تنعى الطاعنة بها على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون ومخالفة الثابت بالأوراق. وفى بيان ذلك تقول

أن الحكم إعتبر أنها علمت بالبيع المشفوع فيه وقت إنعقاده لمجرد أنها شقيقة البائعة وتقيم معها في ذات العقار الكائنة به العين محل الشفعة وأن كلتاهما قد وكلتا والدهما في إدارة هذا العقار والتصرف في حصة كل منهما فيه وهو الذى أبرم عقد البيع المشفوع فيه بصفته وكيلاً عن إبنته، وأن المشترية قامت بإجراء التحسينات في العين المبيعة في مواجهتها ومواجهة باقى الشركاء. مع أن الشفيع لا يعتبر عالماً بالبيع المشفوع فيه إلا بالإنذار الرسمي المرسل إليه من البائع أو المشترى بحصول البيع ولا يعتبر متنازلا عن حقه في الشفعة إلا إذا صدر منه ما يفيد أنه إعتبر المشترى مالكاً للمبيع وهو مالم يصدر منها. هذا إلى أن الحكم إعتبر أنها تنازلت ضمنياً عن طلب الشفعة بمقولة أنها سبق وأن أقامت الدعوى رقم.... لسنة.... مدني محكمة شمال القاهرة الإبتدائية على المشترية بطلب الحكم بأحقيتها في أخذ ذات العين المبيعة بالشفعة ثم تركت الخصومة فيها في حين أنها لم ترفع تلك الدعوى وإنما رفعتها شقيقة أخرى لها وهو ما يعيبه ويستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعى سديد، ذلك بأن المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه لما كان القانون المدني قد وضع نظاماً معيناً لإجراءات الأخذ بالشفعة نص عليه في المواد من ٩٤٠ إلى ٩٤٣ وجعل إجراءات هذا النظام مرتبطة بعضها ببعض إرتباطاً وثيقاً وماسة بذات الحق وأوجب إتباعها وإلا سقط الحق في الشفعة. وكانت هذه الإجراءات جميعاً تبدأ من جانب الشفيع من تاريخ إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة وأن المشرع أوجب في المادة ٩٤٠ من القانون المدني على المشترى أو البائع إنذار الشفيع بحصول البيع وحددت في المادة ٩٤١ من ذات القانون البيانات التى يجب أن يشتمل عليها وهي بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بياناً كافياً وبيان الثمن والمصروفات الرسمية وشروط البيع وإسم كل من البائع والمشترى ولقبه وصناعته وموطنه وذلك بهدف علم الشفيع الشامل بأركان البيع الجوهرية لكي يقدر مصلحته في طلب الشفعة ويتمكن من توجيه طلبه إلى من يجب توجيهه إليه. فإن القانون يكون قد حدد طريقة خاصة لهذا العلم وهو ذلك الإنذار الرسمي المتضمن لتلك البيان وأنه لا مجال للإعتداد بعلم الشفيع بها بغير تلك الوسيلة التى حددها القانون. لذا لم يتم إنذار الشفيع بالطريق الذى رسمه القانون فإن ميعاد إعلان رغبته في أخذ العقار المبيع بالشفعة يكون منفتحاً أمامه إلى ما بعد تسجيل البيع بأربعة أشهر طبقاً لنص الفقرة (ب) من المادة ٩٤٨ من القانون المدني. لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وإعتد بعلم الطاعنة بحصول البيع المشفوع فيه وقت إنعقاده لمجرد أنها شقيقة البائعة وتقيم معها في ذات العقار الكائنة فيه العين محل الشفعة وأن كلتاهما قد وكلتا والدهما في إدارة هذا العقار وفى التصرف في حصة كل منهما فيه وأن الأخير قد أبرم عقد البيع المشفوع فيه بصفته وكيلاً عن إبنته وأن المشترية قامت بإجراء التحسينات في العين المبيعة في مواجهتها ومواجهة باقى الشركاء، كما إعتبر أن الطاعنة قد تنازلت ضمنياً عن الحق في الشفعة لما أورده في مدوناته من أنها سبق وأن رفعت الدعوى رقم.... لسنة.... مدني محكمة شمال القاهرة الإبتدائية على المشترية بطلب الحكم بأحقيتها في أخذ ذات العين المبيعة بالشفعة ثم تركت الخصومة فيها مع أن الثابت من الأوراق أن

تلك الدعوى لم تكن مرفوعة من الطاعنة وإنما كانت مرفوعة من إحدى شقيقاتها، فإنه يكون فضلاً عن خطئه في تطبيق القانون قد خالف الثابت بالأوراق مما يوجب نقضه والإحالة.

(**الطعن ٤٤٠٨ لسنة ٦٢ق جلسة ١٩٩٩/٤/١٣ لم ينشر بعد**)

١١- إذا كانت المادة ٩٤٨ من القانون المدني قد أجازت النزول عن الحق في الأخذ بالشفعة قبل البيع الذي يرتب هذا الحق.

(**الطعن رقم ٢٧٦٨ ـ لسنة ٦٩ ق ـ تاريخ الجلسة ١١ / ٠١ / ٢٠٠١**)

* * *

obeikan.com

الحيازة
كسب الحيازة، وانتقالها، وزوالها
المذكرة الإيضاحية
نظرة عامة

لم يعرض التقنين الحالة للحيازة فى ذاتها، بل اقتصر على تناول آثارها دون أن يوردها كاملة. أما المشروع فقد عرض أولاً للحيازة فأورد أحكامها العامة فى نصوص مستحدثة. ثم بين ما يترتب عليها من الآثار ومن أهم هذه الآثار كسب الملكية، ومن هنا وضعت الحيازة فى مكانها بين الأسباب التى تكسب بها الحقوق العينية.

والحيازة من حيث أحكامها العامة وضع مادى به يسيطر الشخص سيطرة فعلية على شئ يجوز التعامل فيه. وترد الحيازة على الأشياء المادية والحقوق المعنوية على السواء. وتكسب بأعمال يقوم بها هذا الوضع المادى وتنتقل بالاتفاق مصحوباً بالتسليم، وتزول بزوال السيطرة الفعلية، وقد اتخذ المشروع من الحيازة وسيلة لإثبات حق الملكية، وخلص إلى ذلك بقرينتين متواليتين، جعل فى الأولى الحيازة المادية قرينة على الحيازة القانونية، وجعل فى الثانية الحيازة القانونية قرينة على الملكية ووضع قواعد عملية للمفاضلة بين المتنازعين على الحيازة.

والحيازة من حيث الآثار التى تترتب عليها تصلح قرينة على الملكية كما تقدم، وتكسب الملكية فعلاً بالتقادم الطويل فى العقار والمنقول، فإن اقترنت بحسن النية، واستندت إلى سبب صحيح، فإنها تكسب ملكية العقار بالتقادم القصير وملكية المنقول فى الحال. ويملك الحائز فى كل الفروض ثمار العين إذا كان حسن النية[1].

* * *

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى – جزء ٦ – ص ٤٤٧.

مادة (٩٤٩)

(١) لا تقوم الحيازة على عمل يأتيه شخص على أنه مجرد رخصة من المباحات أو عمل يتحمله الغير على سبيل التسامح.

(٢) وإذا اقترنت بإكراه أو حصلت خفية أو كان فيها لبس فلا يكون لها أثر قبل من وقع عليه الإكراه أو أخفيت عنه الحيازة أو التبس عليه أمرها، إلا من الوقت الذى تزول فيه هذه العيوب.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالبلاد العربية المواد التالية:
مادة ٩٠٧ سورى و ٩٥٣ ليبى و ١١٤٥ عراقى و ٧٦١ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

١- الحيازة هى سيطرة فعلية على شئ أو حق – فتجوز حيازة الحقوق العينية كحق الانتفاع وحق الارتفاق وحقوق الرهن المختلفة كما تجوز حيازة الحقوق الشخصية.

ويجب أن تكون الحيازة سيطرة متعدية، لا مجرد رخصة ولا عملاً يقبل على سبيل التسامح. فمن كان يمر بأرض جاره، وقد رخص له الجار فى ذلك لا على أن له حق ارتفاق، لا يعتبر حائزاً لحق المرور، ومن فتح مطلاً على أرض فضاء لجاره، فترك الجار المطل على سبيل التسامح إذ هو لا يضايقه ما دامت أرض فضاء، لا يعتبر حائزاً لحق المطل.

٢- ويجب أن تتوافر فى الحيازة شروط معينة هى الاستمرار والهدوء والظهور والوضوح. فالحيازة المتقطعة، والحيازة بإكراه، والحيازة الخفية، والحيازة الغامضة (كحيازة الوارث)، كل هذا لا يعتبر حيازة صحيحة.

٣- وللحيازة بعد توافر شروطها، عنصران: عنصر مادى هو السيطرة المادية، وعنصر معنوى هو نية استعمال حق من الحقوق[١].

رأى الفقه:

١- نص المادة ٩٤٩ من القانون المدنى يميز بين عملين:
"١" محل يأتيه شخص على أنه مجرد رخصة من المباحات.
"٢" وعمل يتحمله الغير على سبيل التسامح – ويشترك العملان فى أن كلا منهما لا تقوم به الحيازة، وذلك لأن كلا من عنصر الحيازة المادية وعنصر القصد يتخلف فى العمل الأول فلا تقوم الحيازة لتخلق عنصريها معاً، ولأن عنصر القصد وحده يتخلف فى العمل الثانى فلا تقوم الحيازة لتخلف أحد عنصريها والعمل الذى يأتيه شخص على أنه مجرد رخصة من المباحات هو عمل يكون للشخص الحرية التامة فى

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى – جزء ٦ – ص ٤٥٠ و ٤٥١.

أن يأتيه أو لا يأتيه، فإذا أتاه لم يكن لأحد أن يمنعه منه. فهو إذن فى اتيانه لهذا العمل لا يتعدى على حق لأحد، ولا يتحمل منه أحد هذا العمل على سبيل التسامح[١].

من أحكام القضاء الحديثة:

١- الحيازة فى عنصرها المادى تقتضى السيطرة الفعلية على الشئ الذى يجوز التعامل فيه، وهى فى عنصرها المعنوى تستلزم نية اكتساب حق على هذا الشئ.

(نقض – جلسة ١٩٦٧/٦/٧ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ١٨ – ص ٣٠٦)

٢- يجب أن يعرض الحكم المثبت للتملك بالتقادم لشروط وضع اليد تبين منه أنه تحراها وتحقق من وجودها. وإذا لم يرد بالحكم المطعون ما يفيد تحقق هذه الشروط، فإنه يكون مشوباً بالقصور والخطأ فى تطبيق القانون.

(نقض – جلسة ١٩٦٩/٦/١٠ – المرجع السابق – السنة ٢٠ – ص ٩٠٣)

٣- يجب أن يقترن وضع اليد بنية التملك وأن يكون مستمراً وظاهراً غير غامض حتى يصلح أساساً للتقادم، كما يجب أن يبين الحكم الوقائع المؤدية إلى توافر شروط وضع اليد.

(نقض – جلسة ١٩٧٤/٤/٩ – الطعن ٣٥ لسنة ٣٩ق)

٤- تحقيق وضع اليد مما تجوز فيه القرائن، للمحكمة أن تتخذ عن تكليف الأرض باسم الخصم قرينة على وضع يده عليها مضافة إلى أدلة أخرى.

(نقض – جلسة ١٩٧٤/١/١٥ – الطعن ١٤١ لسنة ٣٨ق)

٥ – الحيازة وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – فى عنصرها المادي تقتضى السيطرة الفعلية على الشئ الذى يجوز التعامل فيه. وهي في عنصرها المعنوى تستلزم نية إكتساب حق على هذا الشئ. وكانت الأموال العامة لا يصح أن تكون محلاً لحق خاص ومن ثم لا تخضع للحيازة. ولا تقبل الدعوى بإسترداد حيازتها لورودها على هذا المال.

(الطعن ٢٧٧٣ لسنة ٦٢ق جلسة ١٩٩٣/٤/٢٩ س٤٤ ص٣١٣)

٦ – الحيازة هي وضع مادي به يسيطر الشخص سيطرة فعلية على شئ يجوز التعامل فيه أو يستعمل بالفعل حقاً من الحقوق فهي ليست بحق عينى أو بحق شخصي بل هي ليست حقاً أصلاً ولكنها سبب لكسب الحق.

(الطعن ٨٨٣٥ لسنة ٦٤ق جلسة ١٩٩٥/١٠/٢٥ س٤٦ ص١٠٣٦)

٧ – الحيازة بعنصريها المادى والمعنوى تتوافر لدى الحائز من مجرد وضع اليد المادى على العقار وظهوره بمظهر المالك بإستعماله فيما يستعمله فيه مالكه ولحسابه وأنه وإن كان لمحكمة الموضوع سلطة التعرف على نية واضع اليد وإستخلاص قيام

---

(١) الوسيط – ٩ – للدكتور السنهورى – ط ١٩٦٨ – ص ٨١٦، والحقوق العينية الأصلية – للدكتور عبدالمنعم البدراوى – ١٩٦٨ – ص ٥٢٩ وما بعدها.

هذه النية أو إنتقائها إلا أن إستخلاصها يجب أن يقوم على إعتبارات سائغة مستمدة من جميع عناصر الدعوى وملابساتها.

(الطعن ٧٠٤٤ لسنة ٦٣ق جلسة ٢٠٠٢/٢/٢٦ لم ينشر بعد)

٨ – وحيث أن هذا النعى في محله ذلك أنه وإن كان لمحكمة الموضوع السلطة التامة في التحقق من إستيفاء الحيازة للشروط التى يتطلبها القانون لإكتساب الملكية بوضع اليد دون معقب عليها من محكمة النقض إلا أن ذلك رهن بأن تكون قد أقامت قضاءها على أسباب سائغة وتؤدى إلى النتيجة التى إنتهت إليها.

(الطعن ٧٦٦٠ لسنة ٦٣ق جلسة ٢٠٠٣/١/٨ لم ينشر بعد)

٩ – دعوى إسترداد الحيازة تقوم على رد الإعتداء غير المشروع فهي قد شرعت لحماية الحائز من أعمال الغصب ومن ثم فإن قبولها رهن بأن يكون لرافعها حيازة مادية حالة بحيث تكون يد الحائز متصلة بالعقار إتصالا فعليا يجعل العقار تحت تصرفه المباشر وأن يكون هذا الإتصال قائماً حال وقوع الغصب.

(الطعنان رقما ٥٨٧٦، ٥٩٢٦ لسنة ٧١ق جلسة ٢٠٠٣/١/٢٢ لم ينشر بعد)

وحيث أن هذا النعى صحيح، ذلك أنه لما كان التمسك بإكتساب الملكية بالتقادم – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – يستوجب التحقق من إستيفاء الحيازة بعنصريها المادي والمعنوى لشرائطها القانونية، وهو ما يتعين معه على الحكم المثبت للتملك بالتقادم أن يعرض لشروط وضع اليد، ويثبت من أنه كان مقروناً بنية التملك ومستمراً وهادئاً وظاهراً، وأن يبين بما فيه الكفاية الوقائع التى تؤدى إلى توافرها بحيث يبين منه أنه تحرها وتحقق من وجودها، وإذ كان المسلم من طرفي الطعن أن الأرض موضوع النزاع تدخل ضمن تركة مورثة الطاعنين.... وأن المطعون ضدها الأولى إدعت تملكها بوضع اليد المدة الطويلة وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بإلغاء الحكم المستأنف فيما قضى به من إلزام المطعون ضدها الأولى بتسليم المدعيين مساحة التداعي وبرفض الدعوى على ما أورده في أسبابه من أن ".... الثابت – من تقرير الخبير – أن مورث المستأنفة يضع يده على العين المتنازع عليها منذ عام ١٩٤٢ وبوفاته في ١٩٦٣/٤/٢٧ إنتقل وضع اليد إلى ورثته من بعده ومن بينهم المستأنفة ويكون لها سند قانوني في وضع يدها على العين...." دون أن يبين بما فيه الكفاية الوقائع التى أدت إلى توافر شروط وضع اليد المثبت للتملك بالتقادم وهي نية التملك والإستمرار والهدوء والظهور أو يعرض لدفاع الطاعنين القائم على أن المطعون ضدها الأولى كانت تضع اليد إبتداء على العين موضوع النزاع بطريق الإيجار فإنه فضلاً عن قصوره يكون قد خالف القانون بما يوجب نقضه دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن.

(الطعن ٣٧٢ لسنة ٦٤ق جلسة ٢٠٠٣/٣/١٢ لم ينشر بعد)

١٠ – المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الأصل في الحيازة أنها لصاحب اليد يستقل بها ظاهراً فيها بصفته صاحب الحق غير أنه عند قيام رابطة قانونية بين حيازة

السلف وحيازة الخلف فإنه يجوز للخلف أن يضم حيازته إلى حيازة سلفه في كـل مـا يرتبه القانون على الحيازة من آثار.

(**الطعن ٧٣٢٤ لسنة ٥٦٣ق جلسة ٢٠٠٣/٣/١٨ لم ينشر بعد**)

(**الطعن ١٨٧٨ لسنة ٦٤ق جلسة ٢٠٠٣/٥/٦ لم ينشر بعد**)

١١ – الخفاء واللبس أو الغموض في الحيازة المقصود بهما. عدم ظهور أفعال الحائز الدالة على سيطرته على الشئ وقصده في حيازة المال لحساب نفسه. م٩٤٩ مدني.

(**الطعن رقم ٤٢١١ لسنة ٧٣ق – جلسة ٢٠٠٤/١٢/٢٧**)

* * *

opeikan.com

مادة (٩٥٠)

يجوز لغير المميز أن يكسب الحيازة عن طريق من ينوب عنه قانونية.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية: مادة ٩٠٨ سورى و ٩٥٤ ليبى و ٧٦٢ سودانى.

رأى الفقه:

١- إذا كان الحائز عديم التمييز كالصبى غير المميز والمجنون والمعتوه غير المميز فإن إرادته تكون معدومة، فيستحيل أن يتوافر عند عنصر القصد، إذ أن هذا العنصر يفترض وجود الإرادة ومن ثم فتقتضى الضرورة هنا أن يكون عنصر القصد موجوداً عند من ينوب نيابة قانونية عن عديم التمييز، من ولى وصى أو قيم، فيجوز عديم التمييز الحق وينوب عنه نائبه فى كل من عنصرى الحيازة المادى والمعنوى، أى السيطرة المادية لا تتحقق إلا عن طريق أعمال إدارية، وعدم التمييز لا إرادة له فهو غير قادر على السيطرة المادية، وهى العنصر المادى كما هو غير قادر على عنصر القصد، وهو العنصر المعنوى، فينوب عنه نائبه فى كل العنصرين[1].

وعن عنصر القصد، أى نية التملك، من مسائل الواقع، ولمحكمة الموضوع السلطة التامة فى التعرف على نية واضع اليد من جميع عناصر الدعوى، وقضاؤها فى ذلك لا يكون خاضعاً لرقابة محكمة النقض مادامت هذه العناصر مدونة فى حكمها.

(نقض – جلسة ١٩٣٥/١٢/٥ – مجموعة ٢٥ عاماً – جزاء – ص ٤٤٦)

من أحكام القضاء الحديثة:

١ – إستناد مورث الطاعنين في تثبيت ملكيته إلى التقادم الطويل. إستدلاله على ذلك بوضع يد البائعين لمورثه. مفاده. طلبه ضم مدة حيازتهم إلى حيازة مورثه. عدم مواجهة هذا الدفاع قصور.

لماكان البين من الأوراق أن مورث الطاعنين إستند في طلب تثبيت ملكيته إلى التقادم الطويل وإستدل على ذلك في محاضر أعمال الخبير بوضع يد البائعين لمورثه مما مؤداه أنه طلب ضم مدة حيازتهم إلى مدة حيازة مورثه وكان الحكم المطعون فيه قد تحجب عن مواجهة هذا الدفاع وأقام قضاءه على أن حيازة مورث الطاعنين لم تكتمل لها مدة التقادم الطويل دون أن يبحث مدة حيازة البائعين له فإنه يكون قد عاره قصور مبطل.

(الطعن ١٥٧٩ لسنة ٥٧ق – جلسة ١٩٩٠/١/٣٠ س ٤١ ص ٣٦١)

---

(١) الوسيط – ٩– للدكتور السنهورى – طبعة ١٩٨٦ – ٨٣٢ وما بعدها.

٢ – إكتساب ملكية العقار بالتقادم. أثره. إنتقال ملكيته للحائز بأثر رجعي من وقت بدء الحيازة. مؤداه. ترتب حقوق عينية على العين خلال مدة وضع اليد. عدم سريانها متى إكتملت المدة في حق الحائز.

من المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه إذا كسب الحائز ملكية عين بالتقادم فإن الملكية تنتقل إليه لا من وقت إكتمال التقادم فحسب بل تنتقل إليه بأثر رجعي منذ وقت بدء الحيازة التى أدت إلى التقادم فيعتبر مالكاً لها طوال مدة التقادم بحيث لو رتب المالك الأصلى خلال هذه المدة أو ترتبت ضده خلالها حقوق عينية على العين فإن هذه الحقوق متى إكتملت مدة التقادم لا تسرى في حق الحائز.

(الطعن ٣٤١ لسنة ٦١ق – جلسة ١٩٩١/١٢/٢٦ س٤٢ ص١٩٨٥)

٣ – حيازة الوكيل لملك موكله. حيازة عارضة. أثره. عدم سريان التقادم المسقط بالنسبة لحق الموكل الشخصى في الرجوع على الوكيل إلا من وقت تغيير الوكيل حيازته العارضة بنية التملك.

حيازة الوكيل لملك موكله تعد حيازة عارضة فلا يسرى التقادم المسقط بالنسبة إلى حق الموكل الشخصى في الرجوع على الوكيل إلا من وقت أن يغير الوكيل حيازته من حيازة عارضة إلى حيازة بنية التملك تقوم على معارضة حق الأخير لها على نحو لا يترك محلاً لشبهة الغموض أو الخفاء او مظنة التسامح.

(الطعن ١٨٧٣ لسنة ٥٧ق – جلسة ١٩٩٢/٧/٢٠ س٤٣ ص٩٨٥)

٤ – قاعدة ضم حيازة السلف إلى الخلف. عدم سريانها إلا إذا أراد المتمسك بالتقادم أن يحتج به قبل غير من باع له أو غير من تلقى الحق ممن باع له.

المقرر – في قضاء هذه المحكمة – أن قاعدة ضم مدة حيازة السلف إلى مدة حيازة الخلف لا تسرى إلا إذا أراد المتمسك بها أن يحتج بها قبل غير من باع أو غير من تلقى الحق ممن باع له بحيث إذا كان السلف مشتركاً فلا يجوز للحائز المتسمك أن يفيد من حيازة سلفه لإتمام مدة الخمس عشرة سنة اللازمة لإكتساب الملكية بالتقادم قبل من تلقى حقه عن هذا السلف.

(الطعن ٩٤٨ لسنة ٥٩ق – جلسة ١٩٩٤/١/١٢ س٤٥ ص١٣٥)

٥ – الحائز العرضى. عدم إكتسابه الملكية إلا بتغيير سبب الحيازة. سبيله. تلقيه الملكية من الغير معتقداً أنه المالك أو مجابهته المالك قضاء أو غير قضاء بإنكار الملكية عليه والإستئثار بها دونه عبء إثبات ذلك. وقوعه على عاتق الحائز.

وضع يد المشترى وفاء بسبب الرهن لا يؤدى إلى إكتساب الملكية مهما طال أمده إلا إذا حصل تغيير في سببه وهو لا يكون على ما تقضى به المادة ٢/٩٧٢ من القانون المدني إلا بإحدى إثنتين أن يتلقى ذو اليد الوقتية ملك العين من شخص من الأغيار يعتقد أنه هو المالك أو أن يجابه ذو اليد الوقتية مالك العين مجابهة صريحة فعلية قضائية أو غير قضائية تدل على أنه مزمع إنكار الملكية على المالك والإستئثار بها دونه وعبء إثبات تغيير سبب الحيازة على هذا النحو إنما يقع على عاتق الحائز العرضى.

(الطعنان رقما ٥٨٧٤، ٤٢٣٣ لسنة ٦٥ق جلسة ١٩٩٧/١٢/١٣ س٤٨ ص١٤٦١)

مادة (٩٥١)

١ـ تصح الحيازة بالوساطة متى كان الوسيط يباشرها باسم الحائز وكان متصلاً به اتصالاً يلزمه الإئتمار بأوامره فيما يتعلق بهذه الحيازة.

٢ـ وعند الشك يفترض أن مباشر الحيازة إنما يحوز لنفسه فإن كانت استمراراً لحيازة سابقة افترض أن هذا الاستمرار هو لحساب البادئ بها.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:
المادة ٩١١ سورى، المادة ٩٥٦ ليبى، والمادة ٧٦٣ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

١- قد يجتمع العنصران المادى والمعنوى عند غير الحائز، كما لو ناب عن الحائز فى العنصرين نائبه القانونى (ولى أمر وصى أو قيم). وقد يتفرق العنصران فيكون العنصر المعنوى عند المخدوم، ويتبين من ذلك أن المستأجر يحوز لنفسه حقه كمستأجر، ويجوز لمالك حق الملكية.

٢- والقاعدة أن من عنده الحيازة يفترض أنه حائز لنفسه، ويبقى حائزاً لنفسه، إلى أن يقوم الدليل على أنه حائز لغيره، أو أنه أصبح يحوز لغيره[١].

وفى هذا تقول المادة ١/٩٥١ من القانون المدنى أنه تصح الحيازة بالواسطة متى كان الوسيط يباشرها باسم الحائز وكان متصلاً به اتصالاً يلزمه بأوامره فيما يتعلق بهذه الحيازة، وهذه هى الحيازة بالواسطة، ولذلك يكفى لكى يتمسك الحائز بالقرينة المستفادة من المادتين ٢/٩٥١ و ٩٦٣ من القانون المدنى أن يثبت أنه حاز الشئ حيازة مادية ولو بواسطة الغير، كما لو حاز بواسطة خدمه أو عماله وسائر تابعيه، أو حازه بواسطة مستأجر أو مزارع سلم إليه الشئ.

رأى الفقه:

١- الركن المادى فى الحيازة يجوز أن يحتفظ به بواسطة الغير، وذلك عن طريق شخص يحوز الشئ لحساب الحائز القانونى.

والخلاصة أنه متى أثبت الشخص حيازته المادية للشئ (بنفسه أو بالواسطة)، اعتبر أنه هو الحائز القانونى إلى أن يثبت العكس، أى أن يقوم الدليل على أنه حائز لحساب غيره أو أنه أصبح يحوز لغيره. ومتى قامت القرينة القانونية استطاع الحائز أن يتخذ منها قرينة على الملكية أو الحق لنفسه (م ٩٦٤ مدنى).

ولكن يلاحظ أن الحيازة المادية إنما تقوم قرينة على الحيازة القانونية (كما أن الحيازة القانونية تقوم قرينة الملكية والحق) إذا لم تكن ثمة علاقة استخلاف بين المدعى والحائز[٢].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى – جزء ٦ – ص ٤٥٥.
(٢) الحقوق العينية الأصلية – للدكتور عبدالمنعم البدراوى – ص ٥٤٣ وما بعدها.

من أحكام القضاء الحديثة:

١- الحائز بطريق النيابة عن صاحب الأرض إذا أقام عليها منشآت دون إذن من صاحبها، فإن مجرد أقامتها لا يعتبر بذاته تغييراً لسبب الحيازة ومعارضة لحق المالك بسبب جديد، بل أن القانون يرتب للمالك الحق فى أن يطلب استبقاء هذه المنشآت إذا لم يكن قد طلب إزالتها فى ميعاد سنة من يوم علمه بإقامتها.

(نقض – جلسة ١٩٧٢/١٢/٢١ـ مجموعة المكتب الفنى – السنة ٢٢ – ص ١٤٥٠)

٢- حيازة النائب، اعتبرها حيازة للأصيل تغيير الصفة فى وضع اليد، تحققه بعمل مادى أو قضائه لصاحب الحق.

(نقض – جلسة ١٩٨٠/١/٣١ الطعن ٧٣٩ لسنة ٤٤ق)

٣ – حيازة النائب إنما هي حيازة بالواسطة وفقاً لنص المادة ١/٩٥١ من القانون المدني فأثرها ينصرف إلى الأصيل دون النائب كما أن حق الملكية – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – لا ينتقل فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة إلى الغير إلا بالتسجيل، فلا تنتقل الملكية لمشترى لم يسجل عقد البيع الصادر إليه ولا يسوغ ترتيباً على ذلك لوارث هذا المشترى طلب تثبيت ملكيته للمبيع إستناداً إلى قواعد الإرث طالما أن المورث لم يسجل عقد شرائه. لما كان ما تقدم وكان الطاعن قد تمسك في دفاعه أمام محكمة الإستئناف بأن حيازة المطعون ضده لثلث العقار إنما هي حيازة عرضية ولحساب نجله القاصر المشمول بولايته بعد أن باع له هذا القدر، وكان الحكم المطعون فيه قد قضى بثبوت ملكية المطعون ضده لهذا القدر بوضع اليد المدة الطويلة المكسبة للملكية دون أن يعنى بالرد على هذا الدفاع الجوهري الذى – لو صح – لتغير به وجه الرأي في الدعوى.

(الطعن ٦٤٤٠ لسنة ٧٢ق – جلسة ٢٠٠٤/٢/٢٥ لم ينشر بعد)

* * *

openarc.com

مادة (٩٥٢)

تنتقل الحيازة من الحائز إلى غيره إذا اتفقا على ذلك وكان فى استطاعة من انتقلت إليه الحيازة أن يسيطر على الحق الواردة عليه الحيازةولوولم يكن هناك تسلم مادى للشئ موضوع هذا الحق.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٩١١ سورى ومادة ٩٥٦ ليبى ومادة ٧٦٤ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

يراجع – لاحقاً – التعليق بالأعمال التحضيرية الواردة على نص المادة ٩٥٥ مدنى.

من أحكام القضاء الحديثة:

١- يجوز للمشترى باعتباره خلفاً خاصاً للبائع له أن يضم إلى حيازته سلفه فى كل ما يرتبه القانون من آثار ومنها التملك بالتقادم المكسب.
نقض – جلسة ١٩٦٨/٢/٢٩ – المرجع السابق – لسنة ١٩ – ص ٤٥٤.

٢- ويجب لضم مدة حيازة الخلف إلى مدة حيازة السلف أن يبين الحكم الرابطة القانونية التى تربط الخلف بالسلف والتى تجيز ضم مدة الحيازتين، وإلا كان الحكم مشوباً بالقصور.
نقض – جلسة ١٩٧١/١٢/٢٣ – المرجع السابق – لسنة ٢٢ – ص ١١٠٧.

٣- الحيازة العرضية هى حيازة الشئ دون أن يكون لدى الحائز نية أن استعمال حق من الحقوق العينية عليه، فهى حيازة الشئ لحساب صاحب الحق عليه.
إن الحيازة إذا توفرت فيها الشروط القانونية تعتبر بذاتها سبباً لكسب الملكية مستقلاً عن غيره من أسباب اكتسابها، ولما كانت الحيازة تنتقل – وفقاً لحكم المادة ٩٥٢ من القانون المدنى – من الحائز إلى غيره إذا اتفقا على ذلك وكان فى استطاعة من انتقلت إليه الحيازة أن يسيطر على الحق الوارد عليه الحيازة، فإن المشترى بعقد غير مسجل إذ تلقى حيازة العين المبيعة من البائع بموجب العقد المبرم بينهما يجوز له طبقاً لنص الفقرة التالية من المادة ٩٥٥ من القانون المدنى أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه (البائع) فى كل ما يترتبه القانون على الحيازة من أثر.

(نقض – جلسة ١٩٧٩/٢/٦ – الطعن رقم ٢٥٤ لسنة ٤٥ق)

٤ – إستناد مورث الطاعنين في تثبيت ملكيته إلى التقادم الطويل إستدلاله على ذلك بوضع يد البائعين لمورثه. مفاده طلبه ضم مدة حيازتهم إلى حيازة مورثه. عدم مواجهة هذا الدفاع. قصور.
لما كان البين من الأوراق أن مورث الطاعنين إستند فى طلب تثبيت ملكيته إلى التقادم الطويل وإستدل على ذلك في محاضر أعمال الخبير بوضع يد البائعين لمورثه مما مؤداه أنه طلب ضم مدة حيازتهم إلى مدة حيازة مورثه وكان الحكم المطعون فيه قد تحجب عن مواجهة هذا الدفاع وأقام قضاءه على أن حيازة مورث الطاعنين

لم تكتمل لها مدة التقادم الطويل دون أن يبحث مدة حيازة البائعين له فإنه يكون قد عاره قصور مبطل.

(الطعن ١٥٧٩ لسنة ٥٧ق جلسة ١٩٩٠/١/٣٠ س٤١ ص٣٦١)

٥ – المقرر في قضاء هذه المحكمة أن يشترط لكسب الملكية بوضع اليد المدة الطويلة ثبوت قيامه مستوفياً لشرائطه مدة خمسة عشر يوماً يستوى أن تكون كلها في وضع يد مدعى الملكية أو في وضع يد سلفه أو بالإشتراك بينهما بحيث لا يقل مجموع مدتهما عن الخمسة عشر عاماً. ومقتضى ذلك أن مدعى التملك بوضع اليد إذا أراد ضم مدة سلفه إلى مدته فعلية أن يثبت أمام محكمة الموضوع أن سلفه كان حائزاً حيازة توافرت فيها الشروط القانونية من ظهور وإستمرار وهدوء مقارنة بنية التملك بلا إنقطاع عن حيازته التى كانت مستوفية لتلك الشروط أيضاً.

(الطعن ٢٨١ لسنة ٥٦ق جسة ١٩٩٠/١٢/٢٠ لم ينشر بعد)

٦ – الخلف الخاص للبائع. له في جميع الأحوال ضم حيازة سلفه إلى حيازته لإكتساب ملكية العقار بالتقادم. م٢/٩٥٥ مدني. إشتراط الحكم المطعون فيه لإجازة الضمن ألا يكون السلف مالكاً للشئ وقت تصرفه فيه إلى خلفه. خطأ في القانون.

وحيث أن الدائرة المدنية المختصة رأت بجلستها المعقودة بتاريخ ١٩٩٥/٧/١٣ إحالة الطعن إلى الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية ومواد الأحوال الشخصية للفصل فيه عملاً بنص الفقرة الثانية من المادة الرابعة من قانون السلطة القضائية رقم ١٩٧٢/٤٦ وإذ حددت الهيئة جلسة لنظرة قدمت النيابة مذكرة عدلت فيها عن رأيها السابق وأبدت الرأي بنقض الحكم.

وحيث أن الأصل في الحيازة أنها لصاحب اليد، يستقل بها ظاهراً فيها بصفته صاحب الحق غير أنه عند قيام رابطة قانونية بين حيازة السلف وحيازة الخلف فإنه يجوز للخلف أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه في كل ما يرتبه القانون على الحيازة من آثار ومنها التملك بالتقادم المكسب وكان نص الفقرة الثانية من المادة ٩٥٥ من القانون المدني على أن " ويجوز للخلف الخاص أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه في كل ما يرتبه القانون على الحيازة من أثر " يدل على أن كل ما إشترطه المشرع لإكتساب الخلف الخاص الملكية بوضع اليد بضم مدة حيازة سلفه إلى حيازته هو ثبوت قيامها مستوفية لشرائطها القانونية بحيث لا يقل مجموع مدة الحيازتين عن خمس عشرة سنة بغير حاجة إلى النظر فيما إذا كان السلف مالكاً للشئ وقت تصرفه فيه إلى خلفه أو غير مالك، متى كانت الحيازة قد إنتقلت إلى الخلف على نحو يكنه معه السيطرة الفعلية على الشئ ولو لم يتسلمه مادياً، إذ المقرر أن الحيازة متى توافرت لها الشرائط التى إستلزمها القانون وإستمرت مدة خمس عشرة سنة تعد بذاتها سبباً لكسب الملكية مستقلاً عن غيره من أسباب إكتسابها، لما كان ذلك وكان الحكم الصادر من هذه المحكمة بجلسة ١٩٨٣/٤/٢٨ في الطعن ١٧٥١ لسنة ٤٩ق والأحكام الأخرى التى نحت منحاه قد جرت فى قضائها على غير هذا النظر مقررة أنه يشترط لإجازة ضم الخلف الخاص حيازة سلفه إلى حيازته ليكسب ملكية عقار بالتقادم تطبيقاً للفقرة الثانية من المادة ٩٥٥ من القانون المدني ألا يكون هذا السلف مالكاً للعقار وقت

تصرفه فيه إلى خلفه أما إذا السلف مالكاً له فعلاً بأي طريق من طرق الملكية فإنه يبقى هو المالك له دون خلفه الخاص الذى لا يتملكه منه إلا بتسجيل سنده أو بالتقادم الناشئ عن حيازته هو الخاصة به المستوفية لأركانها ومدتها فإنه يتعين العدول عما قررته وذلك بالأغلبية المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة الرابعة من قانون السلطة القضائية.

وحيث إنه عملاً بنص الفقرة بذاتها فإنه يتعين على الهيئة أن تفصل في الطعن المحال إليه.

وحيث أن الطعن إستوفى أوضاعه الشكلية.

وحيث أن مما ينعاه الطاعن على الحكم المطعون فيه الخطأ فى تطبيق القانون والقصور في التسبيب حين أقام قضاءه بإلغاء الحكم المستأنف وبرفض دعواه على عدم أحقيته في ضم مدة حيازة سلفه المطعون ضده الثاني إلى حيازته لكون هذا السلف مالكاً للعقار الذى تصرف فيه إليه وبالتالى لا يجوز للخلف الخاص في هذه الحالة أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه في حين أن نص الفقرة الثانية من المادة ٩٥٥ من القانون المدني لا يشترط ذلك بما يعيب الحكم يستوجب نقضه.

وحيث أن هذا النعى في محله ذلك أن مؤدى نص الفقرة الثانية من المادة ٩٥٥ من القانون المدني – وعلى ما تقدم بيانه – أنه يجوز للخلف الخاص وفى جميع الأحوال بإعتباره خلفاً للبائع ضم مدة حيازة سلفه إلى مدة حيازته بحسب إمتدادها ليكسب ملكية العقار بالتقادم، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بإلغاء الحكم المستأنف ورفض دعوى الطاعن على سند من أنه يشترط لإعمال هذا النص ألا يكون السلف مالكاً للشئ وقت تصرفه فيه إلى خلفه فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون وقد حجبه ذلك عن تحقيق دفاع الطاعن من أنه إكتسب ملكية العقار محل النزاع بوضع اليد الذى إستوفى شروطه القانونية مدة تزيد على خمس عشرة سنة بضم مدة حيازة سلفه إلى حيازته وهو ما يعيبه أيضاً بالقصور مما يوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة إلى بحث باقى أسباب الطعن.

(الطعن ١٣٦ لسنة ٥٧ق - هيئة عامة - جلسة ١٩٩٦/١/٢ س٤٧ ص١٠٤٥)

٧ – الحائز العرضى. عدم إكتسابه الملكية إلا بتغيير سبب الحيازة. سبيله تلقيه الملكية من الغير معتقداً أنه المالك أو مجابهته المالك قضاء أو غير قضاء بإنكار الملكية عليه والإستئثار بها دونه. عبء إثبات ذلك. وقوعه على عاتق الحائز.

(الطعنان رقما ٤٢٣٣، ٥٨٧٤ لسنة ٦٥ق جلسة ١٩٩٧/١٢/١٣ س٤٨ ص١٤٦١)

قيام المطعون ضدهما الثالث والرابع ببيع أرض النزاع للمطعون ضده الثاني ثم إعادة بيعها إلى المطعون ضده الأول الذى باعها إلى الطاعنين. أثره. عدم جواز تمسك أياً من المطعون ضدهما الأول والثاني قبل الآخر بضم حيازة السلف المشترك إلى حيازته. مؤداه. تمسك الطاعنين بضم حيازة البائعين لسلفهم إلى حيازتهم توصلاً لإكتساب الملكية بوضع اليد المدة الطويلة. دفاع غير جوهري. إلتفات الحكم المطعون فيه عنه. لا عيب.

(الطعن ٢٠٠٠ لسنة ٦٣ق – جلسة ٢٠٠٠/٦/١١ لم ينشر بعد)

٨ – إن الثابت من عقد البيع المقدم من المطعون ضده للخبير المنتدب في الدعوى أنه باع تلك الحصة إلى نجله القاصر.... المشمول بوصايته ومن ثم فإن حيازته لها عرضية ولحساب نجله المذكور وليست لحساب نفسه وبالتالى فإنها لا تؤدى إلى كسبه ملكيتها بالتقادم إلا إذا تغيرت صفة حيازته لها من حيازة لحساب الغير إلى حيازة لحساب نفسه.

(الطعن ٦٤٤٠ لسنة ٧٢ق – جلسة ٢٠٠٤/٢/٢٥ لم ينشر بعد)

* * *

obeikan.com

مادة (٩٥٣)

يجوز أن يتم نقل الحيازة دون تسليم مادى إذا استمر الحائز واضعاً يده لحساب من يخلفه فى الحيازة أو استمر الخلف واضعاً يده ولكن لحساب نفسه.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٩١٢ سورى ومادة ٩٥٧ ليبى ومادة ٧٦٥ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

يراجع – لاحقاً – التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد على نص المادة ٩٥٥ مدنى.

من أحكام القضاء الحديثة:

١- الأصل أن وضع اليد لا اعتبار له قانوناً إلا بالنسبة لمن أراد حيازة المال لنفسه وحازه بنية تملكه. والأصل في الحيازة أنها دخول المال في مكنة الحائز وتصرفه فيه التصرفات المادية القابل لها. غير أنه إذا كان المال من نوع ما يكون الاستيلاء عليه منشئاً للملك لا ناقلاً له إما لكونه غير مملوك أصلاً لأحد أو لكونه سبق فيه الملك لأحد، فإن مجرد دخوله في مكنة من استولى عليه لا يكفى قانوناً لاعتبار هذا المستولي منتوياً التملك ما لم يكن قد أجرى فيه من الأعمال الظاهرة المستمرة ما يدل على قيام هذه النية لديه. فتسوير هذا النوع من المال أو المرور به لا يكفى وحده فى ثبوت حيازته أو وضع اليد عليه. وأما الأموال التي تتلقى ملكيتها عن مالكها بسند معتبر قانوناً، فإن الحيازة فيها ووضع اليد عليها يثبتان لمتلقيها بمجرد تسلمها بالحالة التي هي عليها؛ والتسليم يعتبر تاماً متى وضعت تحت تصرفه بحيث يمكنه الانتفاع بها بدون مانع ولو لم يتسلمها بالفعل. ومتى اكتسبت الحيازة واليد على هذا الوجه فإنهما يبقيان لمن اكتسبهما حافظين خصائصهما مفيدين أحكامهما ما دام لم يعترضه من يعكرهما عليه أو يزيلهما عنه ويسكت هو المدة التي تستوجب بمرورها يد المعترض حماية القانون. فإذا كان الثابت أن الأرض المتنازع عليها فضاء، وليست من الأراضي التى لم يسبق فيها الملك لأحد، بل هي من الأراضي التي تلقيت الحيازة فيها بالتخلية من ملاكها المتعاقبين، فيكفي في ثبوت وضع اليد عليها القيام – مع عدم المنازع – بإنشاء حدود لها والمرور فيها ودفع الأموال المستحقة عليها. وإذن فالحكم الذي لا يكتفي في ثبوت وضع اليد عليها بهذه المظاهر، بل يشترط تسويرها على الأقل يكون حكماً مخطئاً في تكييف وضع اليد ويتعين نقضه.

(الطعن رقم ٤ـ لسنة ٩ ق ـ تاريخ الجلسة ١١ / ٠٥ / ١٩٣٩)

٢- متى كانت المحكمة إذ قررت أن الأطيان محل النزاع لا تدخل في متناول عقود الطاعنات كما ثبت من تطبيقها بمعرفة الخبير ورتبت على ذلك نفى الادعاء باكتساب ملكيتهن للزيادة التي يضعن يدهن عليها بالتقادم القصير مع السبب الصحيح وحسن النية فإنها لم تخالف القانون إذ السبب الصحيح في تملك العقار بالتقادم الخمسي

هو كل تصرف قانوني يستند إليه واضع اليد في حيازة العقار ويجعل وضع يده حلالاً سليماً من شبهة الغصب الأمر الذي لم يتوافر في سند الطاعنات.

(الطعن رقم ١١٥ ـ لسنة ٢٠ ق ـ تاريخ الجلسة ٢٩ / ٠٥ / ١٩٥٢)

٣- التملك بوضع اليد واقعة متى توافرت شرائطها القانونية فإنها تكفي بذاتها سبباً لكسب الملكية، وليس ما يمنع مدعي التملك بهذا السبب من أن يستدل بعقد شرائه غير المسجل على انتقال حيازة العين إليه وتكون حيازته في هذه الحالة امتداداً لحيازة سلفه البائع له.

(الطعن رقم ٥٠٠ ـ لسنة ٢٩ ق ـ تاريخ الجلسة ٢٥ / ٠٦ / ١٩٦٤)

٤- إذا أقر المشتري في ورقة الضد بأن ملكية الأطيان التي وضع اليد عليها باقية للمتصرف ومن حقه أن يستردها في أي وقت شاء فإن وضع يده في هذه الحالة مهما طالت مدته لا يكسبه ملكية هذه الأرض لأن القانون يشترط في الحيازة التي تؤدي إلى كسب الملكية بالتقادم أن تقترن بنية التملك.

(الطعن رقم ١٥١ ـ لسنة ٣٣ ق ـ تاريخ الجلسة ٢٠ / ٠٤ / ١٩٦٧)

٥- الحيازة التي تصلح أساساً لتملك العقار أو المنقول بالتقادم تقتضي القيام بأعمال مادية ظاهرة في معارضة حق المالك على نحو لا يحمل سكوته فيه على محمل التسامح ولا يحتمل الخفاء أو اللبس في قصد التملك بالحيازة كما تقتضي من الحائز الاستمرار في استعمال الشيء بحسب طبيعته وبقدر الحاجة إلى استعماله، ولمحكمة الموضوع السلطة التامة في التحقق من استيفاء الحيازة للشروط التي يتطلبها القانون، ولا سبيل لمحكمة النقض عليها ما دامت قد أقامت قضاءها على أسباب سائغة.

(الطعن رقم ١٧٠ ـ لسنة ٥٠ ق ـ تاريخ الجلسة ١٨ / ١٢ / ١٩٨٠)

٦- من المقرر أن للبائعين وخلفهم أن يتمسكوا بوضع يدهم المدة الطويلة المكسبة – متى توافرت لهم شروطه – في مواجهة من يدعى حقاً يعارضهم أياً كان سنده وهو ما يجعل بالتالي لخلفهم المشترى – مصلحة محققة في رفع الدعوى بصحة ونفاذ عقد مشتراه ليكون الحكم الصادر فيها سنداً له في ثبوت الملكية بوضع اليد بالتقادم المكسب خلفاً للبائعين له ومورثهم – وهو ما يجوز في صحيح القانون – اعتباره سنداً ناقلاً للملكية وقابلاً للشهر عنه فضلاً عن كفايته بذاته سنداً صالحاً للإحتجاج به قبل من ينازعه في ثبوت هذا الحق له أو يدعى عليه بأي حق يعارضه و تلك بدورها غاية تجيز إقامة الدعوى بصحة ونفاذ العقد وتوجب قبولها.

(الطعن رقم ٥٣٧ ـ لسنة ٤٢ ق ـ تاريخ الجلسة ١١ / ٠١ / ١٩٨٣)

٧- من المقرر – في قضاء هذه المحكمة – أن وضع اليد المكسب للملكية بمضي المدة الطويلة هو من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضى الموضوع فله أن يستخلصه من وقائع الدعوى والأوراق المقدمة فيها طالما كان إستخلاصه سائغاً ولا مخالفاً فيه للثابت بالأوراق.

(الطعن رقم ١٤٤٤ ـ لسنة ٥١ ق ـ تاريخ الجلسة ٣٠ / ١٢ / ١٩٨٤)

٨- من المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن لمدعى التملك بوضع اليد إذا أراد ضم مدة سلفه إلى مدته أن يبدى هذا الطلب أمام محكمة الموضوع ويثبت أن سلفه كان حائزاً حيازة توافرت لها الشروط القانونية، وإذ كانت الطاعنة لم تتمسك أمام محكمة الموضوع بتملكها أرض النزاع بوضع اليد المدة الطويلة استمراراً لوضع يد سلفها، فإن ما تثيره بسبب النعي يكون سبباً جديداً لا تجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض.

(الطعن رقم ٧٣٢ لسنة ٥٥ ق - تاريخ الجلسة ١٧ / ١٢ / ١٩٨٥)

٩- التملك بوضع اليد المكسب للملكية- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- واقعة مادية مستقلة متى توافرت شرائطها القانونية وأنها تكفي بذاتها في هذا الشأن وليس ثمة ما يمنع مدعي التملك بهذا السبب من أن يستدل بعقد شرائه غير السجل على انتقال حيازة العين المراد تملكها بهذا الطريق إليه والأخذ به كقرينة على توافر نية التملك لديه.

(الطعن رقم ٤٠٥٠ لسنة ٦٠ ق - تاريخ الجلسة ٠٩ / ٠٤ / ١٩٩٧)

* * *

obeikan.com

مـــادة (٩٥٤)

١ـ تسليم السندات المعطاة عن البضائع المعهود بها إلى أمين النقل أو المودعة فى المخازن يقوم مقام تسليم البضائع ذاتها.

٢ـ على أنه إذا تسلم شخص هذه المستندات وتسلم آخر البضاعة ذاتها وكان كلاهما حسن النية فإن الأفضلية تكون لمن تسلم البضاعة.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:

مادة ٩١١١ – ٩٨٤ سورى ٩٥٦ – ٩٥٨ ليبى و ٧٦٦ سودانى و ١١٤٩ و٢٥١/٢٥٨ لبنانى.

الأعمال التحضيرية:

يراجع – لاحقاً – التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد على نص المادة ٩٥٥ مدنى.

من أحكام القضاء الحديثة:

١– إذا استلم تاجر بضائع بالجمرك واستبقاها بمخازن الاستيداع بالجمرك إلى أن باعها للغير وأذن تلك المخازن بتصديرها بطريق السكة الحديد إلى المشتري فصدرتها فعلاً ثم ظهر عند استلام المشتري إياها من السكة الحديد أن بها تلفاً ناشئاً من الرطوبة فلا يجوز – لاعتبار المرسل سيئ النية ولمعاقبته بالمادة ٣٠٢ عقوبات – أن تقرر المحكمة بطريق الاستنتاج العقلي أن هذا المرسل عند ورود البضاعة إليه من الخارج واستلامه إياها كان لابد عالماً بما هو معتريها من التلف لمجرد أنه تاجر متمرن لا تفوته ملاحظة ذلك وأنه إذن عند بيعه إياها يكون عالماً بتلفها – لا يجوز ذلك ما دامت البضاعة بقيت بمخازن الجمرك زمناً لا يراها المرسل ويحتمل أن الرطوبة التي سببت تلفها قد أصابتها وهي بهذه المخازن وأنه يكون قد باعها وأذن بتصديرها للمشتري غير عالم بتلفها، بل يجب في هذه الحالة أن تحقق المحكمة زمن طروء التلف على البضاعة لتعلم هل طرأ وهي في مخازن الجمرك فلا يكون المرسل مسئولاً إلا إذا كان علم بالتلف وقت التصدير أم كان ذلك التلف موجوداً عند ورود البضاعة من الخارج واستلامه إياها فيكون هناك وجه لإمكان القول بمسئوليته. وقصور الحكم عن تحقيق ذلك وإثباته يعيبه ويبطله.

(الطعن رقم ٦٦٥ ـ لسنة ٤٨ ق ـ تاريخ الجلسة ٢٢ / ٠٢ / ١٩٣١)

* * *

مادة (٩٥٥)

١ـ تنتقل الحيازة للخلف العام بصفتها، على أنه إذا كان السلف سئ النية وأثبت الخلف أنه كان فى حيازته حسن النية جاز له أن يتمسك بحسن نيته.

٢ـ ويجوز للخلف الخاص أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه فى ما يرتبه القانون على الحيازة من أثر.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأفكار العربية، المواد التالية:

مادة ٩١٤ سورى و ٩٥٩ ليبى و ١١٤٩ عراقى و ٢٥٨ لبنانى و ٧٦٧ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

١- تنتقل الحياة بالاتفاق ما بين السلف والخلف، مصحوباً بانتقال السيطرة الفعلية على الشئ أو الحق إلى الخلف. وقد يكون انتقال الحيازة معنوياً فلا يتم تسليم مادى، كما إذا استمر السلف حائزاً ولكن لحساب الخلف (مثل ذلك البائع يستأجر الشئ المبيع) أو استمر الخلف حائزاً ولكن لحساب نفسه (مثل ذلك المستأجر يشترى العين). كما قد يكون انتقال الحيازة رمزياً، كتسليم السندات المعطاة عن البضائع المعهود بها إلى أمين النقل أو المودعة فى المخازن. لكن إذا تعارض التسليم الحقيقى مع التسليم الرمزى، كان الأول هو المعتبر، كما إذا تسلم شخص شهادة البضاعة وتسلم الآخر البضاعة، فالحيازة فى هذا الفرض عند الأخير.

٢- والخلف قد يكون خلفاً عاماً، كالوارث تنتقل إليه حيازة مورثه بالصفات التى اقترنت بها، على أنه إذا كان الوارث حسن النية والموروث سئ النية جاز للوارث التمسك بحسن نيته على أن يضم مدة حيازة مورثه. وقد يكون من تنتقل إليه الحيازة خلفاً خاصاً، كمشتر من الحائز تنتقل إليه حيازة المبيع، وللمشترى فى هذه الحالة أن يضم إلى مدة حيازته مدة البائع، فإن كان حسنى النية معاً كان ضم المدد على أساس أن الحيازة بحسن نية أو بسوء نية على حسب الأحوال، وإن كان البائع سيئ النية والمشترى حسن النية فالضم يجوز على أساس أسوأ الفرضين أى على أساس سوء النية، كما إذا كان البائع قد حاز مدة اثنتى عشرة سنة والمشترى مدة ثلاث سنوات، فلا يستطيع المشترى التمسك بالتقادم القصير إذ لا يجوز له أن يكمل المدة التى حاز فيها بحسن نية إلى خمس سنوات، ولكن يستطيع التمسك بالتقادم الطويل إذ يجوز له أن يعتبر حيازته كما لو كانت حيازة بسوء نية فيكمل مدتها إلى خمس عشرة سنة بضم مدة سلفه[١].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى – جزء ٦ – ص ٤٦٣.

من أحكام القضاء الحديثة:

١- قاعدة ضم حيازة السلف إلى حيازة الخلف – وعلى ما جرى به قضاء النقض – لا تسرى إلا إذا أراد المتمسك بالتقادم أن يحتج به قبل غير من باع له أو غير من تلقى الحق من باع له، بحيث إذا كان السلف مشتركاً فلا يجوز لحائز المتمسك بالتقادم أن يستفيد من حيازة سلفه لإتمام مدة الخمس عشرة سنة اللازمة لاكتساب الملك بالتقادم قبل من تلقى حقه عن هذا السلف.

(نقض – جلسة ١٩٧٨/٦/٢٨ – المكتب الفنى – السنة ٢٩ – ص ٦١٥)

٢- قاعدة ضم حيازة السلف إلى حيازة الخلف لا تسرى إلا إذا أراد المتمسك بالتقادم أن يحتج به قبل غير من باع له، أو غير من تلقى الحق ممن باع له، بحيث إذا كان السلف مشتركاً فلا يجوز للحائز المتمسك بالتقادم أن يستفيد من حيازة سلفه لإتمام مدة الخمس عشر سنة اللازمة لاكتساب الملك بالتقادم قبل من تلقى حقه من هذا السلف.

(نقض – جلسة ١٩٧٢/٣/٢٣ – المرجع السابق – السنة ٢٣ – ص ٤٨١)

٣- لما كان المقرر فى قضاء النقض أن مقتضى القضاء بصورية أحد العقدين الصادرين من السلف صورية مطلقة، ألا يكون ثمة وجود فى الحقيقة إلا للعقد الآخر، فإنه لا يكون ثمة ما يحول قانوناً دون ضم مدة حيازة هذا إلى مدة حيازة سلفه لما كان ما تقدم، وكان الحق المطعون فيه بعد أن انتهى صحيحاً إلى صورية عقد الطاعن صورية مطلقة قد قضى بتثبيت ملكية المطعون عليه الثانى الأرض موضوع النزاع عن أساس تملكه لها بالتقادم بعد أن ضم مدة حيازته إلى مدة حيازة سلفه البائع له – المطعون عليه الأول فإنه يكون قد طبق القانون تطبيقاً صحيحاً.

(نقض – جلسة ١٩٨١/٤/٩ – الطعن ٢١٣ لسنة ٤٨ق)

٤- يشترط لإجازة ضم حيازة الخلف الخاص حيازة سلفه إلى حيازته ليكسب ملكية عقار بالتقادم تطبيقاً للفقرة الثانية من المادة ٩٥٥ من القانون المدنى، ألا يكون هذا السلف مالكاً للعقار وقت تصرفه فيه إلى خلفه، أما إذا كان السلف مالكاً له فعلاً بأى طريقة من طرق الملكية فإنه يبقى هو المالك له دون خلفه الخاص الذى لا يملكه منه إلا بتسجيل سنده أو بالتقادم الناشئ عن حيازته هو الخاصة به المستوفية لأركانها ومدتها.

(نقض – جلسة ١٩٨٣/٤/٢٨ – الطعن رقم ٧٥١ لسنة ٤٩ق)

٥ – إستناد مورث الطاعنين في تثبيت ملكيته إلى التقادم الطويل. إستدلاله على ذلك بوضع يد البائعين لمورثه. مفاده. طلبه ضم مدة حيازتهم إلى حيازة مورثة. عدم مواجهة هذا الدفاع. قصور.

لما كان البين من الأوراق أن مورث الطاعنين إستند في طلب تثبيت ملكيته إلى التقادم الطويل وإستدل على ذلك في محاضر أعمال الخبير بوضع يد البائعين لمورثه مما مؤداه أنه طلب ضم مدة حيازتهم إلى مدة حيازة مورثه وكان الحكم المطعون فيه قد تحجب عن مواجهة هذا الدفاع وأقام قضاءه على أن حيازة مورث الطاعنين لم

تكتمل لها مدة التقادم الطويل دون أن يبحث مدة حيازة البائعين له فإنه يكون قد عاره قصور. مبطل.

(الطعن ١٥٧٩ لسنة ٥٧ق جلسة ١٩٩٠/١/٣٠ س٤١ ص٣٦١)

٦ – وحيث أن مما تنعاه الطاعنة على الحكم المطعون فيه، أنها تمسكت في دفاعها أمام محكمة الموضوع بأن إقامة سلف المطعون ضده بمنزل النزاع والمقام على الأرض المملوكة لها كما إنتهى خبير الدعوى كان مردها إلى علاقة العمل بينهما، والتى قدمت دليلها وأثبتها الخبير ومن ثم تكون حيازة المطعون ضده إمتداداً لحيازة سلفه عرضية لا تؤدى مهما إستطالت إلى كسب الملك بالتقادم. غير أن الحكم المطعون فيه إلتفت عن هذا الدفاع الجوهري. فلم يقسطه حقه من التمحيص ولم يناقش أدلته وقضى بتثبيت ملكية المطعون ضده لمنزل النزاع على قول أنه على فرض صحة ما ذهبت إليه الطاعنة من كون حيازة سلفه مردها إلى كونه عاملاً لديها فإن إقامته هو بعد وفاة سلفه – قرابة العشرين عاماً – دون أن تربطه بالطاعنة علاقة تحمل على التسامح تعد مجابهة صريحة لها أنكر بها عليها ملكيتها، على الرغم من أن تلك الإقامة مهما طالت لا تعد بذاتها كذلك، كما أن أقوال الشهود الذى عول عليهم الحكم الإبتدائي ودلل بها على توافر نية التملك لدى المطعون ضده وإتخذها الحكم المطعون فيه أسباباً له. قد خلت من توافر نية التملك لدى المطعون ضده أو سلفه، الأمر الذى يصم الحكم المطعون فيه فضلاً عن الخطأ في تطبيق القانون بالقصور في التسبيب والفساد في الإستدلال ومخالفة الثابت بالأوراق، مما يعيبه ويستوجب نقضه.

وحيث أن هذا النعى في محله، ذلك أنه وإن كان لمحكمة الموضوع وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – السلطة المطلقة في التحقق من إستيفاء الحيازة لشروطها القانونية، وهي أن تكون مقرونة بنية التملك ومستمرة وهادئة، وظاهرة إلا أن ذلك مشروط بأن تكون الأسباب التى أقامت عليها قضاءها سائغة ومستمدة من أوراق الدعوى ومن شأنها أن تؤدى إلى النتيجة التى خلصت إليها، وكانت الطاعنة قد تمسكت في دفاعها أمام محكمة الموضوع – ووفق طلباتها الختامية بأن حيازة سلف المطعون ضده للمنزل – المقام على الأرض المملوكة لها كانت عرضية، إذ كان عاملاً لديها، ودللت على ذلك بشهادة صادرة من التأمينات الإجتماعية، وكان مؤدى هذا الدفاع أن حيازة السلف لعقار النزاع كانت بسبب وقتى معلوم، وكان الحائز العرضي لا يستطيع كسب الملك بالتقادم على خلاف سنده إلا إذا تغيرت صفة حيازته – على ما تقضى به المادة ٢/٩٧٢ من القانون المدني، أما بفعل الغير وإما بفعل من الحائز يعتبر معارضة ظاهرة لحق المالك، ولا يكفى في تغيير صفة وضع يده – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة مجرد تغيير نيته، بل يجب أن يكون تغيير النية بفعل إيجابي مادي أو قضائي – يجابه به حق المالك بالإنكار الساطع والمعارضة العلنية، ويدل دلالة جازمة على أن ذا اليد الوقتية مزمع إنكار الملكية على صاحبها والإستئثار بها دونه، وعبء إثبات تغيير سبب الحيازة على هذا النحو – إنما يقع على عاتق الحائز العرضي، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد واجه هذا الدفاع بقاله أنه على فرض صحته فقد حاز المطعون ضده المنزل لما يقارب العشرين عاماً بعد

وفاة مورثه دون أن تربطه هو بالطاعنة ما يحملها على التسامح في وضع يده. مما عده الحكم مجابهة صريحة منه لها وإنكار لملكيتها. ورتب على ذلك رفض دعواها بطرده وتثبيت ملكيته للعقار، وكان هذا الذى أورده الحكم لا يصلح رداً على دفاع الطاعنة، ذلك أن إنتقال الحيازة بالميراث لا يمكن إعتباره مغيراً للسبب، لأن الحيازة إنما تنتقل بصفاتها إلى الوارث الذى يخلف مورثه في إلتزامه بالرد بعد إنتهاء السبب الوقتي لحيازته العرضية، ولا تكون للوارث حيازة مستقلة مهما طال الزمن، ولو كان يجهل أصلها أو سببها، ما لم تصحب حيازته مجابهة صريحة ظاهرة للمالك. وكانت إقامة المطعون ضده – بعد وفاة مورثه مجتزل النزاع – مهما إستطالت – لا تعد بمجردها تغييراً لسبب الحيازة الوقتى الذى تمسكت الطاعنة بإنتقالها إليه هذا إلى أن الحكم الإبتدائي – المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه – قد إستخلص من أقوال الشهود الذين سمعهم الخبير توافر نية التملك لدى مورث المطعون ضده، على الرغم من خلوها مما يفيد توافر هذه النية، بما يعيب الحكم – فضلاً عن الفساد في الإستدلال والقصور في التسبيب والخطأ في تطبيق القانون – بمخالفة الثابت بالأوراق، مما يعيبه ويوجب نقضه – دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن – على أن يكون مع النقض الإحالة.

(الطعن ٣٠٥٠ لسنة ٦٢ق جلسة ١٩٩٩/٢/١٠ لم ينشر بعد)

٧ – وحيث إن هذا النعى في محله، ذلك أن المقرر – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن كل طلب أو وجه دفاع يدلى به لدى محكمة الموضوع ويطلب إليها بطريق الجزم أن تفصل فيه ويكون الفصل فيه مما يجوز أن يترتب عليه تغيير وجه الرأي في الدعوى يجب على محكمة الموضوع أن تجيب عليه في أسباب الحكم وإلا كان حكمها مشوباً بالقصور، وكان المقر أن وضع اليد المدة الطويلة المكسبة للملكية إذا توافرت فيه الشروط القانونية يعد بذاته سبباً لكسب الملكية مستقلاً عن غيره من أسباب إكتسابها، وأن وضع اليد واقعة مادية العبرة فيها بوضع اليد الفعلي المستوفى عناصره القانونية لا بما يرد بشأنها في محرر أو تصرف قانوني قد يطابق أو لا يطابق الواقع، كما أن المقرر أن الأصل في الحيازة أنها لصاحب اليد، يستقل بها ظاهراً فيها بصفته صاحب الحق غيره أنه عند قيام رابطة قانونية بين حيازة السلف وحيازة الخلف فإنه يجوز للخلف أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه في كل ما يرتبه القانون على الحيازة من أثار ومنها التملك بالتقادم المكسب وكان نص الفقرة الثانية من المادة ٩٥٥ من القانون المدني على أن " ويجوز للخلف الخاص أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه في كل ما يرتبه القانون على الحيازة من أثر " يدل على أن كل ما إشترطه المشرع لإكتساب الخلف الخاص الملكية بوضع اليد بضم مدة حيازة سلفه إلى حيازته هو ثبوت قيامها مستوفية لشرائطها القانونية بحيث لا يقل مجموع مدة الحيازتين عن خمس عشرة سنة بغير حاجة إلى النظر فيما إذا كان السلف مالكاً للشئ وقت تصرفه فيه إلى خلفه أم غير مالك، متى كانت الحيازة قد إنتقلت إلى الخلف على نحو يمكنه معه السيطرة الفعلية على الشئ ولو لم يتسمله مادياً إذ المقرر أن الحيازة متى توافرت لها الشرائط التى إستلزمها القانون وإستمرت مدة خمس عشرة سنة تعد

بذاتها سبباً لكسب الملكية مستقلاً عن غيره من أسباب إكتسابها لما كان ذلك وكان الثابت أن الطاعن تمسك أمام محكمة الموضوع بدفاع في الدعويين الأصلية والفرعية أنه تملك أرض النزاع بالتقادم الطويل المكسب بضم حيازة سلفه إلى حيازته كما أنه إعترض على ما إنتهى إليه الخبير في تقريره من أن حيازته وفقاً للمستندات بدأت منذ عام ١٩٨٦ وطلب إعادة المأمورية إلى الخبير لبحث حيازته وحيازة سلفه بإعتبار أن وضع اليد واقعة مادية العبرة فيها بوضع اليد الفعلى لا بما يرد بشأنها في المستندات، إلا أن الحكم المطعون فيه إذ لم يتناول هذا الدفاع بشقيه بما يقتضيه من البحث والتمحيص رغم أنه دفاع جوهري من شأنه إن صح أن يتغير به وجه الرأي في الدعوى فإنه يكون معيباً بالقصور في التسبيب والإخلال بحق الدفاع والفساد في الإستدلال مما يوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن.

(الطعن ٣٩١٨ لسنة ٦٨ق – جلسة ٢٠٠٠/١/١٨ لم ينشر بعد)

٨ – المقرر أن الأصل في الحيازة أنها لصاحب اليد يستقل بها ظاهراً فيها بصفته صاحب الحق غير أنه عند قيام رابطة قانونية بين حيازة السلف وحيازة الخلف فإنه يجوز للخلف أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه في كل ما يرتبه القانون على الحيازة من آثار ومنها التملك بالتقادم المكسب وكان نص الفقرة الثانية من المادة ٩٥٥ من القانون المدني على أن " ويجوز للخلف الخاص أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه في كل ما يرتبه القانون على الحيازة من أثر " يدل على أن كل ما إشترطه المشرع لإكتساب الخلف الخاص " الملكية بوضع اليد بضم مدة حيازة سلفه إلى حيازته هو ثبوت قيامها مستوفية لشرائطها القانونية بحيث لا يقل مجموع مدة الحيازتين عن خمس عشرة سنة بغير حاجة إلى النظر فيما إذا كان السلف مالكاً للشئ وقت تصرفه فيه إلى خلفه أم غير مالك متى كانت الحيازة قد إنتقلت إلى الخلف على نحو يمكنه معه السيطرة الفعلية على الشئ ولو لم يتسلمه تسلماً مادياً إذ المقرر أن الحيازة متى توافرت لها الشرائط التى إستلزمها القانون وإستمرت مدة خمس عشرة سنة تعد بذاتها سبباً لكسب الملكية مستقلاً عن غيره من أسباب إكتسابها.

(الطعنان رقما ٥٠٧١، ٥٧١٠ لسنة ٦٦ق جلسة ٢٠٠٠/٢/٢٩ لم ينشر بعد)

* * *

مـــادة (٩٥٦)

تزول الحيازة إذا تخلى الحائز عن سيطرته الفعلية على الحق أو إذا فقد هذه السيطرة بأية طريقة أخرى.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل – فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٩١٥ سورى و ٩٦٠ ليبى و ٧٦٨ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

يراجع – لاحقاً – التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد على نص المادة ٩٧٥ مدنى.

من أحكام القضاء الحديثة:

١- إن القانون المدني الأهلي قد نص في المادة ٨١ منه عن التملك بمضي المدة على أنه "إذا انقطع التوالي في وضع اليد فلا تحسب المدة السابقة على انقطاعه"، كما نص في المادة ٨٢ على أنه "تنقطع المدة المقررة للتملك بوضع اليد إذا ارتفعت اليد ولو بفعل شخص أجنبي. وتنقطع المدة المذكورة أيضاً إذا طلب المالك استرداد حقه بأن كلف واضع اليد بالحضور للمرافعة أمام المحكمة أو نبه عليه بالرد تنبيهاً رسمياً الخ". وانقطاع المدة في الحالة الأولى يعرف بالانقطاع الطبيعي، وفى الحالة الثانية بالانقطاع المدني. والقانون المصري لم ينص على تحديد مدة للانقطاع الطبيعي كما فعل القانون الفرنسي الذي نص في المادة ٢٢٤٣ على أنه يجب أن تكون مدة الانقطاع زائدة على سنة، وما ذلك منه إلا بالقياس على دعوى وضع اليد التي يشترط لرفعها ألا يكون قد مضى أكثر من سنة على غصب العين المطلوب استردادها مما يفيد أن الانقطاع الذي يستمر طوال هذه المدة يكون واجباً الاعتداد به.

على أن القانون المصري ما دام قد حدد في الفقرة الثالثة من المادة ٢٦ مرافعات أهلي لقبول دعوى إعادة وضع اليد نفس المدة التي حددها القانون الفرنسي فقد دل بذلك على أنه قد قصد هو الآخر إلى أن الحكم بإعادة وضع يد الحائز يزيل عنها شائبة الانقطاع فتكون الحيازة رغم ما كان قد طرأ عليها مستمرة لها كل نتائجها. هذا ويجب في الانقطاع الطبيعي، فضلاً عن شرط المدة، أن يكون زوال الحيازة بفعل شخص أجنبي. ولا يكفي لذلك مجرد منع الحائز من الانتفاع بشخصه بالعين، بل يجب أن يكون واضع اليد الجديد منتفعاً بالعين لغير حساب الحائز. وبعبارة أخرى يجب أن يكون من شأن رفع يد الحائز حرمانه من ثمرات العين التي كان يحوزها ومن منافعها. فإذا عين البنك العقاري حارساً على أرض للمحافظة على حقوق الدائنين، وتسلم هذه الأرض، وارتفعت يد مالكها عنها فإن ذلك لا يصح اعتباره قطعاً للتقادم، لأن وضع يد البنك على الأرض بهذه الصفة لم يكن ملحوظاً فيه أن ينتفع بها البنك لنفسه بل ليحصل غلتها ويستوفي منها دينه ثم يرد ما بقى منها للمالك.

(الطعن رقم ٧١ ـ لسنة ٩ ق ـ تاريخ الجلسة ٢٩ / ٠٢ / ١٩٤٠)

٢- إن الحيازة وضع مادي به يسيطر الشخص سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه وقد اتخذ المشرع من الحيازة وسيلة لإثبات حق الملكية ذلك أن الحيازة من حيث الآثار التي تترتب عليها تصلح قرينة على الملكية وتكسب الملكية فعلاً بالتقادم الطويل في العقار وقد أوضح القانون المدني في المادتين ٩٤٩، ٩٥٦ شروط كسب الحيازة وزوالها فنص في المادة ٩٤٩ على أنه "١- لا تقوم الحيازة على عمل يأتيه شخص على أنه مجرد رخصة من المباحات أو عمل يتحمله الغير على سبيل التسامح، ٢- وإذا اقترنت بإكراه أو حصلت خفية أو كان فيها لبس فلا يكون لها أثر قبل من وقع عليه الإكراه أو أخفيت عنه الحيازة أو ألتبس عليه أمرها إلا من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب كما تنص المادة ٩٥٦ على أنه "تزول الحيازة إذا تخلى الحائز عن سيطرته الفعلية على الحق أو إذا فقد هذه السيطرة بأية طريقة أخرى" كما أوضحت المادة ٩٦٨ من القانون المدني آثار الحيازة القانونية كسبب لكسب الملكية بالتقادم فنصت على أن "من حاز منقولاً أو عقاراً دون أن يكون مالكاً له أو حاز حقاً عينياً على منقول أو عقار دون أن يكون هذا الحق خاصاً به كان له أن يكسب ملكية الشيء أو الحق العيني اذا استمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة". ومؤدى هذه الأحكام أنه يشترط في الحيازة حتى تحدث أثرها القانوني أن تكون هادئة وظاهرة في غير غموض ومستمرة وأن تكون بنية التملك وليس على سبيل التسامح أو الإباحة، فإذا ما توافرت الحيازة بشروطها القانونية واستمرت لمدة خمس عشرة سنة ترتب عليها اكتساب الملكية بالتقادم وبتطبيق هذه المبادئ على واقعة النزاع يتضح أن الأرض موضوع الدعوى كانت في حيازة المشترية الأصلية..... منذ يناير سنة ١٩٤٦ وانتقلت حيازتها بعد وفاتها إلى شقيقها..... حتى باعها هذا الأخير إلى مورث المطعون ضدهم وإلى والدتهم واستمرت حيازة المشترين وورثتهم من بعدهم واستكملت الحيازة المدة القانونية اللازمة لكسب الملكية بطريق التقادم في يناير سنة ١٩٦١ أي قبل العمل بقانون الإصلاح الزراعي رقم ١٢٧ لسنة ١٩٦١ ومن المقرر طبقاً للمادة ٩٥٥ من القانون المدني أن الحيازة تنتقل للخلف العام بصفاتها كما يجوز للخلف الخاص أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه في كل ما يرتبه القانون على الحيازة من أثر وعلى ذلك فإنه لا يؤثر في توافر شروط الحيازة القانونية تغير الحائزين لهذه الأرض.

ومن حيث أنه عن ادعاء الهيئة الطاعنة أن المعترضين لم يقدموا للخبير المستندات الدالة على وضع يدهم على الأرض موضوع النزاع فإن هذا الادعاء على افتراض صحته غير مؤثر في الدعوى إذ من المعروف أن الحيازة وضع مادي يجوز إثباته بكافة طرق الإثبات بما في ذلك البينة والقرائن وعلى ذلك فلا جناح على اللجنة إذا هي خلصت إلى توافر الحيازة القانونية استناداً إلى أقوال الشهود في التحقيق الذي أجراه الخبير ومع ذلك فإن المطعون ضدهم قدموا المستندات التي تؤيد صحة ما انتهى إليه الخبير فقد قدموا عقد البيع الابتدائي المؤرخ ١٠ يناير سنة ٤٦ الصادر من المالكة الأصلية إلى ..... وإعلام وراثة ..... لشقيقته ..... وعقدي البيع العرفيين الصادرين من..... إلى..... و..... في سنتي ١٩٥٢، ١٩٥٤ وإيصالات سداد

الأموال الأميرية عن هذه المساحة وشهادة إدارية من الجمعية التعاونية الزراعية وعمدة ومشايخ وصراف الناحية تؤيد شراؤهم وحيازتهم لهذه المساحة أما استناد الهيئة الطاعنة إلى أن المالكة لم تدرج المساحة موضوع المنازعة في إقرار ملكيتها فهو استناد غير منتج في الدعوى ولا يؤثر في صحة ملكية المطعون ضدهم، بل قد يحمل ذلك على أن المالكة تصرفت بالبيع في هذه المساحة قبل القانون بمدة طويلة فأسقطتها من إقرارها كما أن ورود هذه المساحة في تكليف المالكة الأصلية أمر بديهي إذ أن التكليف لا ينتقل من اسم لآخر إلا بموجب سند مسجل وليس هناك ادعاء من أحد بأن لديه مثل هذا السند.

(**الطعن رقم ١٣٧ ـ لسنة ١٨ ق ـ تاريخ الجلسة ١٨ / ١٢ / ١٩٧٣**)

* * *

opeikan.com

مادة (٩٥٧)

١ـ لا تنقضى الحيازة إذا حال دون مباشرة السيطرة الفعلية على الحق مانع وقتى.

٢ـ ولكن الحيازة تنقضى إذا استمر المانع سنة كاملة، وكان ناشئاً من حيازة جديدة وقعت رغم إرادة الحائز أو دون علمه. وتحسب السنة ابتداء من الوقت الذى بدأت فيه الحيازة الجديدة إذا بدأت علناً، أو من وقت علم الحائز الأول بها إذا بدأت خفية.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٩١٦ سورى و ٩٦١ ليبى و ٧٦٩ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

يفقد الحائز الحيازة إذا فقد عنصريها المادى والمعنوى، أو فقد أحد العنصرين دون الآخر، على أنه إذا فقد العنصر المادى دون أن ينتقل هذا العنصر لشخص آخر، فإنه لا يفقد الحيازة مادام لم يفقد الأمل فى العثور على الشئ. كذلك إذا انتقل العنصر المادى لشخص آخر، ولكن انتقاله كان
خلسة أو بالإكراه، فإن الحائز لا يفقد الحيازة إلا إذا مضت سنة كاملة من الوقت الذى علم فيه بانتقال العنصر المادى[1].

* * *

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى – جزء ٦ – ص ٤٦٧.

obeikan.com

حماية الحيازة (دعاوى الحيازة الثلاث)

مادة (٩٥٨)

١- لحائز العقار إذا فقد الحيازة أن يطلب خلال السنة التالية لفقدها ردها إليه. فإذا كان فقد الحيازة خفية بدأ سريان السنة من وقت أن ينكشف ذلك.

٢- ويجوز أيضاً أن يسترد الحيازة من كان حائزاً بالنيابة عن غيره.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:

مادة سورى وليبى و ٧٧٠ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

يراجع – لاحقاً – التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد على نص المادة ٩٦٢ من القانون المدنى.

من أحكام القضاء الحديثة:

١- دعوى الحيازة هى الدعوى التى يقصد منها حماية وضع اليد ممن يعتدى عليه بالغصب أو التعرض بصرف النظر عن أساسه ومشروعيته.

(نقض – جلسة ١٩٦٨/٥/٩ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ١٩ – ص ١٢٦٨)

٢- مفاد نص المادة ٩٥٨ من القانون المدنى أن دعوى استرداد الحيازة إنما شرعت لحماية الحائز من أعمال الغصب، ومن ثم كان مقبولها رهناً بأن يكون لرافعها حيازة مادية مالية. ويعنى كونها مادية أن تكون يد الحائز متصلة بالعقار اتصالاً فعلياً يجعل العقار تحت تصرفه المباشر. وأن يكون الاتصال قائماً حال وقوع الغصب. ولا يشترط أن تكون هذه الحيازة بنية التملك. وليكفى لقبولها أن يكون لرافعها حيازة فعلية، ومن ثم يجوز رفعها من المستأجر. والمراد بالقوة المستعملة لسلب الحيازة كل يؤدى إلى منع الحيازة الواقعية، لا فرق فى ذلك بين القوة المادية والمعنوية. فيجوز أن يبنى الاغتصاب على أساليب الغش والتدليس والخداع وغيرها من المؤثرات المعنوية.

(نقض – جلسة ١٩٧٦/٥/٥ – المرجع السابق – السنة ٢٧ – ص ١٠٦٣)

٣- من المقرر أن تكييف الخصوم للدعوى لا يقيد المحكمة ولا يمنعها من فهم الدعوى على حقيقتها وإعطائها كيفها الصحيح، والعبرة بتكييف الدعوى بأنها بالحق هى بحقيقة المطلوب فيها بصرف النظر عن العبارات التى صيغت بها. ومتى كان الثابت من مدونات الحكم أن المطعون ضدها أسست دعواها بإزالة المبانى التى أقامها الطاعن فوق سطح منزلها على ملكيتها لهذا العقار بالشراء من والده، ونازعها الطاعن فى ذلك وارتكب عملاً غير مشروع بالتعدى على ملكها مما يقتضى طلب إزالته بموجب التزامه القانونى بضمان عدم التعرض لها باعتبارها خلفاً للبائع، فإن الدعوى

بهذا الوصف تكون من الدعاوى المتعلقة بأصل الحق وليست من دعاوى الحيازة المنصوص عليها فى المواد ٩٥٨ إلى ٩٦٢ من القانون المدنى. ولما كان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر، وقضى برفض دفع الطاعن بعدم قبول الدعوى باعتبارها من دعاوى الحيازة التى استندت فيها أصل الحق يكون قد التزم صحيح القانون.

(نقض – جلسة ١٩٨١/١٢/١٠ – الطعن ١٤٠٨ لسنة ٤٨ق)

٤– المقرر قضاء النقض أنه لا يشترط لقبول دعوى استرداد الحيازة أن يكون سلب الحيازة مصحوباً بإيذاء أو تعد على شخص الحائز، بل يكفى أن يكون قد سلبت قهراً، إذ شرعت هذه الدعوى لحماية الحائز من أعمال الغصب التى تقوم على كل فعل يؤدى إلى منع هذه الحيازة وأن لمحكمة الموضوع السلطة الموضوعية فى التحقق من استيفاء الحيازة للشروط التى يستلزمها القانون بدون رقابة من محكمة النقض متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة، كذلك السلطة المطلقة فى بحث المستندات المقدمة وفى استخلاص ما تراه متفقاً مع الواقع متى كان ذلك سائغاً. كما أن تقدير أقوال الشهود ودلالة القرائن هو مما تستقل به محكمة الموضوع متى أقامت تقديرها على أسباب سائغة تكفى لحمل حكمها.

(نقض – جلسة ١٩٨٤/٥/٢٣ – الطعن ٩٣ لسنة ٤٩ق)

٥– دعوى الحيازة هى الدعوى التى يقصد منها حماية وضع اليد ممن يعتدى عليه بالغصب أو التعرض بصرف النظر. أم دعوى الملكية فهى الدعوى التى ترمى إلى حماية حق الملكية وما يتفرع عنه من الحقوق العينية الأخرى كحق الارتفاق والبحث فيها يتناول حتماً أساس هذا الحق ومشروعيته. فإذا كان المطعون ضده قد طلب فى دعواه إزالة المبانى التى أقامها الطاعن على الممر محل النزاع، تأسيساً على أن هذا الممر محمل بحق ارتفاق لمصلحة العقار المملوك له، وقد ثار النزاع فى هذه الدعوى بين الطرفين على هذا الارتفاق، فإنها على هذه الصورة لا تكون من دعاوى الحيازة وإنما هى من دعاوى الحق.

(نقض – جلسة ١٩٦٨/٥/٩ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ١٩ – ص ٩١٥)

٦– الحكم الصادر فى دعوى الحيازة لا يحوز قوة الأمر المقضى فى دعوى الريع والتى تعتبر الملكية عنصراً من عناصرها، وذلك لاختلاف الدعويين سبباً وموضوعاً، ومن ثم فلا يجوز الطعن بالنقض فى الحكم الصادر فى هذه الدعوى الأخيرة لمخالفته الحكم الأول، ولا يتغير من ذلك أن يكون الحكم فى دعوى منع التعرض قد فصل فى أسبابه فى ملكيته أرض النزاع وقضى بأنها لا تدخل فى مستندات الخصم ذلك أن قاضى الحيازة ممنوع من التعرض للملكية ومن بناء حكمه على أساس ثبوتها أو نفيها، وكل ما يقرره فى شأنها لا يحوز أية حجية لدى المحكمة التى يعرض عليها النزاع على أصل الحق أو النزاع متفرع عنه أو مترتب عليه كالنزاع على ريع، ومن ثم فلا تتقيد به تلك المحكمة.

(نقض – جلسة ١٩٦٩/٣/١٣ – المرجع السابق – لسنة ٢٠ – ص ٣٣٣)

٧- عدم جواز الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الحق فى وقت واحد ولو فى دعويين مستقلتين، العبرة فى ذلك بحقيقة المطلوب فى الدعوى.

(نقض – جلسة ١٩٨١/٣/٣١ – الطعن ٦٥٣ لسنة ٤٧ق)

٨ – واقعة سلب الحيازة وتاريخها من المسائل الموضوعية المتروكة لتقدير قاضى الموضوع متى كان إستخلاصه سائغاً وله سنده في الأوراق.

(الطعن ١٠٨ لسنة ٥٩ق – جلسة ١٩٩٠/٢/١٥)

٩ – من المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه فيما يتعلق بالمدة المعينة لرفع دعوى إسترداد الحيازة فإن مدة السنة التى إشترط المشرع في المادة ٩٥٨ من القانون المدني عدم مضيها على فقد الحيازة هي مدة تقادم خاص تسرى عليها قواعد الوقف والإنقطاع التى تسرى على التقادم المسقط العادي وأن رفع واضع اليد دعواه أمام القضاء المستعجل طالبا إسترداد الحيازة يعتبر بمنياه ومعناه طلبا برد الحيازة بقطع مدة تقادم دعوى وضع اليد ولو قضت المحكمة المستعجلة بعدم إختصاصها لأن رفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة بقطع بالمدة.

(الطعن ٢٠٠٨ لسنة ٥٣ق – جلسة ١٩٩٠/١٢/٢٥)

١٠ – دعوى إسترداد الحيازة. ماهيتها وشروط قبولها. م٩٥٨ مدني.

(الطعن ٤٤٦٦ لسنة ٦١ق – جلسة ١٩٩٢/١١/١٨ لم ينشر بعد)

١١ – دعوى إسترداد الحيازة. قبولها رهن بأن تكون لرافع الدعوى حيازة على العقار المطالب برده.

(الطعن ٢٧٧٣ لسنة ٦٢ق – جلسة ١٩٩٣/٤/٢٩ س٤٤ ص٣١٣)

١٢ – دعوى إسترداد الحيازة. قيامها على رد الإعتداء غير المشروع. قبولها رهن بأن يكون لرافعها حيازة مادية حالة ومتصلة بالعقار إتصالاً فعلياً حال وقوع الغصب. توافر نية التملك. غير لازم. وجوب أن تكون الحيازة هادئة وظاهرة وأن ترفع الدعوى خلال سنة من حصول سلب الحيازة.

(الطعون أرقام ١٧٩٩، ٢٠٩٧، ٢٢٤٣ لسنة ٦٢ق – جلسة ١٩٩٣/٦/١٧ س٤٤ ص٧١٢)

١٣ – دعوى إسترداد الحيازة. دعوى متميزة لها كيانها الخاص تقوم على الحيازة المادية. لا محل فيها للتعرض لبحث الحق وفحص مستندات الخصوم المتعلقة به. إعتبارها بهذه المثابة مستقلة عن دعوى بطلان عقد الإيجار. مؤداه. عدم جواز تقديم طلب بطلان عقد الإيجار في صورة طلب عارض في دعوى إسترداد الحيازة.

لما كان الثابت أن المطعون ضدهما الأول والثانية قد إفتتحا دعواهما بطلب الحكم ضد الطاعن وحده بإسترداد حيازتهما لأرض النزاع من تحت يده وبالتالى فهى من دعاوى الحيازة المعروفة في القانون أساسها الأصلى الحيازة المادية بشروطها القانونية ومرماها حماية هذه الحيازة ولا محل فيها للتعرض لبحث الحق وفحص ما يتمسك به الخصوم من مستندات تتعلق به لأنها لا تتناول غير واقعة الحيازة المادية

فإنها تعد بهذه المثابة دعوى متميزة لها كيانها الخاص ومستقلة كل الإستقلال عن طلب المطعون ضدهما المذكورين بطلان عقد الإيجار الصادر إلى الطاعن من الخصوم المدخلين في مرحلة لاحقة من مراحل الدعوى إذ يختلف هذا الطلب عن الطلب الأصلى في موضوعه وفى سببه وفى خصومه ومن ثم لا يجوز تقديمه في صورة طلب عارض.

(الطعن ١٢٢٢ لسنة ٦٠ق – جلسة ١٩٩٥/١/٥ س٤٦ ص٨٩)

١٤ – قضاء الحكم الجنائي بالبراءة في جريمة إنتهاك حرمة ملك الغير. تعرضه لوضع يد الحائز على عين النزاع وسنده في وضع يده وإنتهاؤه إلى أن طرفي الخصومة يوزان شقة النزاع بالمشاركة. أسباب زائدة وغير ضرورية للحكم. أثره. لا حجية لهذه الأسباب أمام القاضى المدني في خصوص طلب إسترداد الحيازة. مؤداه. عدم منعه من بحث توافر شروط تلك الحيازة.

(الطعن ٢٠١ لسنة ٦١ق – جلسة ١٩٩٥/٧/٥ س٤٦ ص٩٤٨)

١٥ – تمسك الطاعن بأنه الحائز لعين النزاع وأن المطعون ضدها الأولى لم تضع اليد عليها إلا نفاذاً لحكم صدر بإلحاق محضر الصلح بمحضر الجلسة بالتواطؤ بين طرفيه في غيبته. دفاع جوهري. قضاء الحكم المطعون فيه بإسترداد المطعون ضدها الأولى لحيازة تلك العين دون تمحيص هذا الدفاع أو الرد عليه. قصور. مبطل.

(الطعن ٧٩٨٣ لسنة ٦٤ق جلسة ١٩٩٥/٧/١٣ س٤٦ ص١٠٠٤)

١٦ – دعوى إسترداد الحيازة. قيامها على رد الإعتداء غير المشروع. شرط قبولها. أن يكون لرافعها حيازة مادية حالية ومتصلة بالعقار إتصالاً فعلياً حال وقوع الغصب وأن تكون هذه الحيازة هادئة وظاهرة.

(الطعن ٧٩٨٣ لسنة ٦٤ق جلسة ١٩٩٥/٧/١٣ س٤٦ ص١٠٠٤)

١٧ – تمسك الطاعن بوجود عقد شركة توصية بسيطة بينه وبين المطعون ضده وآخر لغرض البيع في كشك إقامة المطعون ضده على أرض خصصت له من جهاز المدينة. القضاء بقبول دعوى الأخير بطلب إسترداد حيازة الكشك. مخالفة للقانون وخطأ في تطبيقه.

إذا كان البين من الأوراق أن الطاعن تمسك في دفاعه بأنه تكونت بينه وبين المطعون ضده وثالث شركة توصية بسيطة بمقتضى العقد المؤرخ ١٩٨٩/١/١ الغرض منها بيع المأكولات والمشروبات في الكشك الذى أقامه المطعون ضده على قطعة الأرض التى تم تخصيصها له من جهاز مدينة العاشر من رمضان فلا تقبل دعواه بطلب إسترداد الحيازة (حيازة الكشك) وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بقبول دعوى الحيازة فإنه يكون معيباً بمخالفة القانون والخطأ في تطبيقه.

(الطعن ٦١٤٢ لسنة ٦٦ق – جلسة ١٩٩٨/٢/٢٤ لم ينشر بعد)

١٨ – وحيث أن هذا النعى في محله، ذلك أنه وإن كان المشرع أجاز في المادة ٢٤ من القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ للمستأجر وحده إثبات العلاقة الإيجارية بكافة طرق الإثبات إلا أن مناط ذلك ألا يكون هناك عقد مكتوب أو أن تنطوى الشروط المكتوبة على تحايل على القواعد المتعلقة بالنظام العام، وأن يتمسك المستأجر بذلك بطلب صريح جازم. لما كان ذلك وكان المطعون ضده قد إستند في قيام علاقة إيجارية بينه وبين الطاعنة بشأن محل النزاع العقد مكتوب قدمه فطعنت عليه الطاعنة بالتزوير وإستدلت على ذلك بإختلاف صورته الضوئية التى قدمها عن النسخة الأصلية التى ألزمته المحكمة بتقديمها كما تمسكت بأن التوقيع ليس توقيعها وأن العبارات المحررة بخط اليد مزورة وأعلنت المطعون ضده بشواهد التزوير، فأقام الحكم قضاءه على أنه وإن كان المطعون ضده إعتصم بعقد الإيجار المطعون عليه بالتزوير إلا أنه يجوز له إثبات وقاعة التأجير بكافة طرق الإثبات وإن الثابت من أقوال الشاهدين بالمحضر الإداري ٤٠٢٢ لسنة ١٩٩٢ أنه هو المستأجر للمحل، كما أنه إستخرج ترخيصاً للمحل بإسمه وإشترك في توصيل التيار الكهربائي والمياه. رغم أنه لم يتنازل عن عقد الإيجار المطعون عليه بالتزوير، لم يطلب إثبات العلاقة الإيجارية بأي طريق من طرق الإثبات، ورغم أن إستخراج الترخيص والإشتراك في توصيل التيار الكهربائى والمياه يتم بمجرد طلب المطعون ضده مستنداً إلى الورقة المطعون عليها بالتزوير وأن الشاهدين قررا بالمحضر الإداري سالف البيان أنهما شاهداه وشقيقه قائمان على البيع بالمحل ولم يشهدا بطبيعة العلاقة بين الطرفين ومحلها وكان هذا الذى قرره الشاهدان لايصح دليلاً قبل الطاعنة على قيام العلاقة الإيجارية. ولا على حدود العين المؤجرة فإن الحكم يكون معيباً بالفساد في الإستدلال. والإخلال بحق الدفاع والقصور في التسبيب بما يوجب نقضه دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن.

(الطعن ٣٠٥٧ لسنة ٦٨ق – جلسة ١٩٩٩/٥/٢٤ لم ينشر بعد)

١٩ – وحيث أن هذا النعى في محله، ذلك أن المقرر على ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن دعوى إسترداد الحيازة تقوم على رد الإعتداء غير المشروع فهي قد شرعت لحماية الحائز من أعمال الغصب، ومن ثم فإن قبولها رهن بأن يكون لرافعها حيازة مادية حالة بحيث تكون يد الحائز متصلة بالعقار إتصالاً فعلياً يجعل العقار تحت تصرفه المباشر وأن يكون هذا الإتصال قائماً حال وقوع الغصب وأنه ولئن كان لا يلزم أن تكون هذه الحيازة بنية التملك إلا أنه يتعين في جميع الأحوال أن يكون لرافع الدعوى حيازة هادئة وظاهرة، وأن ترفع الدعوى خلال سنة من حصول سلب الحيازة. لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد خلص إلى حيازة المطعون ضدهما لشقة النزاع حال حياة المورث وحتى وفاته وأن إنقطاعهما عن الإقامة بها مهما إستطالت مدته والإقامة بمسكن آخر لا يحول بينهما وبين حقهما في الإقامة بها ولا يفيد تخليها عنها الأمر الذى يكون معه الحكم المطعون فيه قد خلط بين الإقامة التى تبيح حق إمتداد عقد إيجار مورثهما وبين الحيازة الواجبة الحماية لذاتها بدعوى

إسترداد الحيازة والتى تقوم على رد الإعتداء غير المشروع بدون نظر إلى صفة واضع اليد ويشترط لقبولها أن تكون لرافعها حيازة مادية حاله تجعل يد الحائز متصلة بالعقار إتصالاً فعلياً قائماً حال وقوع الغصب والعبرة في ثبوت هذه الحيازة – وهي واقعة مادية – بما يثبت قيامه فعلاً فإن الحكم المطعون فيه رغم إقراره بتخلف الحيازة الحالة للمطعون ضدهما كشرط لقبول دعواهما بإسترداد الحيازة إلا أنه قضى لهما برد حيازتهما لها بما يعيبه بالخطأ في تطبيق القانون بما يوجب نقضه دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن.

(الطعنان ٧٨٧٦، ٥٩٢٦ لسنة ٧١ق جلسة ٢٠٠٣/١/٢٢ لم ينشر بعد)

* * *

obeikan.com

مادة (٩٥٩)

١ـ إذا لم يكن من فقد الحيازة فقد انقضت على حيازته سنة وقت فقدها فلا يجوز أن يسترد الحيازة إلا من شخص لا يستند إلى حيازة أحق بالتفضيل. والحيازة الأحق بالتفضيل هى الحيازة التى تقوم على سند قانونى. فإذا لم يكن لدى أى من الحائزين سند أو تعادلت سنداتهم كانت الحيازة الأحق هى الأسبق فى التاريخ.

٢ـ أما إذا كان فقد الحيازة بالقوة فللحائز فى جميع الأحوال أن يسترد خلال السنة التالية حيازته من المعتدى.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٩٦٣ ليبى و ٢/١١٥٠ عراقى و ٧٧١ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

يراجع – لاحقاً – التعليق بالأعمال التحضيرية الواردة على المادة ٩٦٢ مدنى.

من أحكام القضاء الحديثة:

وحيث أن مما ينعى به الطاعنان على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه، ومخالفة الثابت بالأوراق. وفى بيان ذلك يقولان إنهما إشتريا الشقة موضوع النزاع بعقد بيع مؤرخ ١٩٨١/١٢/١ وتسلماها ووضعا يديهما عليها وضع يد هادئ وظاهر – إلا أن المطعون ضدها الأولى سلبت حيازتهما بزعم أنها إستأجرت الشقة من البائع لهما بعقد مؤرخ ١٩٨٢/١/١ رغم أنه لم يسبق لها أن تسلمتها من المؤجر أو وضعت اليد عليها طبقاً للثابت من تحقيقات المحضر رقم.... لسنة.... ولما كانت حيازتهما للشقة قائمة على سند قانوني، وأسبق في التاريخ وأحق بالتفضيل من سند المطعون ضدها عملاً بالمادة ٩٥٩ من القانون المدني، فإن الحكم المطعون فيه إذ إعتد بعقد لإيجار سالف البيان وأقام قضاءه بتأييد الحكم الإبتدائي – فيما إنتهى إليه من رفع دعواهما على سند من توافر الحيازة القانونية المقترنة بوضع اليد للمطعون ضدها لشقة النزاع إستناداً إلى ذلك العقد والمحضر الإداري سالف البيان – يكون معيباً بما يستوجب نقضه.

وحيث أن هذا النعى في محله. ذلك أن المقرر – في قضاء هذه المحكمة – أن دعوى إسترداد الحيازة تقوم قانوناً على رد الإعتداء غير المشروع وأنها شرعت لحماية الحائز من أعمال الغصب، ومن ثم كان قبولها رهناً بأن تكون لرافعها حيازة مادية حالة ومعنى كونها مادية أن تكون يد الحائز متصلة بالعقار إتصالاً فعلياً قائماً في حال وقوع الغصب. والعبرة في ثبوت هذه الحيازة – وهى واقعة مادية – بما يثبت قيامه فعلاً ولو خالف الثابت بمستندات. ولما كان النص في الفقرة الأولى من المادة ٩٥٩ من القانون المدني على أن " إذا لم يكن من فقد الحيازة قد إنقضت على حيازته سنة وقت فقدها، فلا يجوز أن يسترد الحيازة إلا من شخص لا يستند إلى

حيازة أحق بالتفضيل. والحيازة الأحق بالتفضيل هي الحيازة التى تقوم على سند قانوني. فإذا لم يكن لدى أي من الحائزين سند أو تعادلت سنداتهم، كانت الحيازة الأحق هي الأسبق في التاريخ – يدل على أن المشرع وضع قواعد للمفاضلة بين حيازة وأخرى، فإذا قامت كل من الحيازتين على سند قانوني فضلت الحيازة الأسبق في التاريخ سواء كان سندها سابقاً على سند الحيازة الأخرى أو لاحقاً له. وإذا لم تقم أي من الحيازتين على سند قانوني فإن الحيازة الأسبق في التاريخ هي التى تفضل. وإذا قامت إحدى الحيازتين على سند قانوني ولم تقم الحيازة الأخرى على سند مقابل فضلت الحيازة التى تقوم على سند قانوني سواء كانت سابقة على الحيازة الأخرى أو لاحقة لها. لما كان ذلك وكان الثابت من تحقيقات المحضر الإداري رقم .... لسنة .... المنتزه – وحصله الحكم الإبتدائي لأسبابه بالحكم المطعون فيه – أن الطاعنين حازا الشقة موضوع النزاع ووضعا بها منقولاتهما منذ شهر سابق على تاريخ المعاينة التى تمت في ١٩٨٤/٥/٣٠ وحتى تاريخ صدور قرار قاضى الحيازة في ١٩٨٤/٧/٥ بتمكين المطعون ضدها من حيازتها مما مفاده أن المطعون ضدها لم يسبق لها حيازة تلك الشقة، فإنه – وقد تعادلت سندات طرفي النزاع – تكون حيازة الطاعنين هي الأحق بالتفضيل بإعتبارها الحيازة الأسبق في التاريخ. وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وأقام قضاءه برفض الدعوى على سند من أن عقد إستئجار المطعون ضدها تتوافر به حيازتها القانونية المقترنة بوضع اليد نيابة عن المؤجر، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه مما يعيبه ويوجب نقضه لهذا الوجه دون حاجة لبحث باقى أوجه الطعن.

(الطعن ٤٦٣ لسنة ٦٤ق جلسة ٢٠٠٣/٢/٢٥ لم ينشر بعد)

* * *

obeikan.com

مـــادة (٩٦٠)

للحائز أن يرفع فى الميعاد القانونى دعوى استرداد الحيـــازة علـــى مـــن انتقلت إليه حيازة الشئ المغتصب منه ولو كان هذا الأخير حسن النية.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٩٦٤ ليبى و ١١٥٢ و ١١٥٣ عراقى و ٧٧٧ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

يراجع – لاحقاً – التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد على نـــص المـــادة ٩٦٢ مدنى.

من أحكام القضاء الحديثة:

١– سقوط الحق في الحيازة مناطه. رفع المدعى دعوى الحـــق. جـــواز تقديمـــه أوجه الدفاع والأدلة لإثبات حيازته ولو كانت تتعلق بأصل الحق طالمـــا لـــم يطلـــب الفصل في موضوع الحق ذاته.

النص في المادة ١/٤٤ من قانون المرافعات يدل على أن المناط في سقوط الحق في دعوى الحيازة، هو قيام المدعى برفع دعوى الحق، إذ يعتبر المدعى برفعه لهـــذه الدعوى متنازلا عن دعوى الحيازة، ولا يعنى ذلك أن يمتنع عليه تقديم أوجـــه الـــدفاع والأدلة المثبتة لتوافر صفته أو توافر أوصاف الحيازة التى يحميها القانون، ولو كانـــت هذه الأدلة تتعلق بأصل الحق، طالما أن الهدف منها هو إثبات توافر شروط الحيـــازة في جانبه، ولم يطلب الفصل في موضوع الحق ذاته.

(الطعن ٢٥٧٣لسنة ٥٥ق جلسة ١٩٩٠/١/١٠ س٤١ ص١٤٧)

٢– دعوى إسترداد الحيازة. قيامها على الإعتداء غير المشروع دون نظر إلـــى صفة واضع اليد. يكفى لقبولها أن يكون لرافعها حيازة مادية حالة تجعل يده متـــصلة بالعقار إتصالاً فعلياً قائماً فى حالة وقوع الغصب. العبرة في ثبوت الحيازة بما يثبـــت قيامه فعلاً.

المقرر في قضاء محكمة النقض أن دعوى إسترداد الحيازة تقوم قانوناً علـــى رد الإعتداء غير المشروع بدون نظر إلى صفة واضع اليد، ويكفـــى لقبولهـــا أن يكـــون لرافعها حيازة مادية حالة تجعل يد الحائز متصلة بالعقار إتصالاً فعلياً قائماً في حالـــة وقوع الغصب، والعبرة في ثبوت هذه الحيازة – وهي واقعة مادية – بما يثبت قيامـــه فعلاً.

(الطعن ٥٥٩٠ لسنة ٦٣ق جلسة ١٩٩٤/١/٢٣ س٤٥ ص٤١٦)

٣– دعوى إسترداد الحيازة. دعوى متميزة لها كيانها الخاص تقوم على الحيـــازة المادية. لا محل فيها للتعرض لبحث الحق وفحص مستندات الخصوم المتعلقـــة بـــه.

إعتبارها بهذه المثابة مستقلة عن دعوى بطلان عقد الإيجار. مؤداه. عدم جواز تقديم طلب بطلان عقد الإيجار في صورة طلب عارض في دعوى إسترداد الحيازة.

لما كان الثابت أن المطعون ضدهما الأول والثانية قد إفتتحا دعواهما بطلب الحكم ضد الطاعن وحده بإسترداد حيازتهما لأرض النزاع من تحت يده وبالتالى فهي من دعوى الحيازة المعروفة في القانون أساسها الأصلى الأصلى الحيازة المادية بشروطها القانونية ومرماها حماية هذه الحيازة ولا محل فيها للتعرض لبحث الحق وفحص ما يتمسك به الخصوم من مستندات تتعلق به لأنها لا تتناول غير واقعة الحيازة المادية، فإنها تعد بهذه المثابة دعوى متميزة لها كيانها الخاص ومستقلة كل الإستقلال عن طلب المطعون ضدهما المذكورين بطلان عقد الإيجار الصادر إلى الطاعن من الخصوم المدخلين في مرحلة لاحقة من مراحل الدعوى إذ يختلف هذا الطلب عن الطلب الأصلى في موضوعه وفى سببه وفى خصومه ومن ثم لا يجوز تقديمه في صورة طلب عارض.

(الطعن ١٢٢٢ لسنة ٦٠ق جلسة ١٩٩٥/١/٥ س٤٦ ص٨٩)

٤- دعاوى الحيازة. أساسها الأصلى. الحيازة بشروطها القانونية. عدم جواز التعرض فيها لبحث الملكية ومستنداتها إلا على سبيل الإستئناس. إرتباط المدعى والمدعى عليه وقاضى الدعوى بتلك القاعدة. مؤداه. عدم جواز دفع دعوى إسترداد الحيازة على أساس أن عقار النزاع أدخل في الملك العام بتخصيصه لمنفعة عامة. علة ذلك.

المقرر – فى قضاء هذه المحكمة – أن الأساس الأصلى لدعاوى الحيازة هو الحيازة بشروطها القانونية فلا محل للتعرض فيها لبحث الملكية، وفحص ما يتمسك به الخصوم من مستنداتها إلا أن يكون ذلك على سبيل الإستئناس، وتلك قاعدة يرتبط بها المدعى والمدعى عليه وقاضى الدعوى ومن ثم فإنه لا يجوز للطاعنين دفع دعوى إسترداد الحيازة المقامة من المطعون ضدهم على أساس أن العقار موضوع النزاع أدخل في الملك العام بتخصيصه بالفعل لمنفعة عامة لأن محل إنما يكون في دعوى المطالبة بالحق.

(الطعنان ١٩٠١، ٢٤٥٥ لسنة ٦٢ق – جلسة ١٩٩٨/١٢/١٥ لم ينشر بعد)

٥- عدم جواز الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى أصل الحق. م١/٤٤ مرافعات. علة ذلك. رفع المدعى الدعوى بأصل الحق حين يقع إعتداء على حيازته. إعتباره تسليماً بحيازة خصمه ونزولاً منه عن الحماية التى قررها له القانون. أثره. سقوط إدعائه بالحيازة. الإستثناء. وقوع الإعتداء على الحيازة بعد رفع الدعوى بأصل الحق.

إن النص في الفقرة الأولى من المادة ٤٤ من قانون المرافعات على أن " لا يجوز ن يجمع المدعى في دعوى الحيازة بينها وبين المطالبة بالحق، وإلا سقط إدعاؤه بالحيازة " – يدل على أنه لا يجوز للمدعى أن يجمع بين دعوى الحيازة ودعوى أصل الحق، وذلك لإعتبارات قدرها المشرع هي إستكمال حماية الحيازة لذاتها مجردة عن أصل الحق، فإذا ما لجأ المدعى إلى رفع الدعوى بأصل الحق حين يقع إعتداء على

حيازته فإن ذلك يعد تسليماً بحيازة خصمه، ونزولا منه عن الحماية التى قررها له القانون بما يستتبع سقوط الإدعاء بالحيازة على مجرد رفع الدعوى بأصل الحق، كل ذلك ما لم يكن العدوان على الحيازة قد وقع بعد رفع الدعوى بأصل الحق.

(الطعن رقم ٤٧٠١ لسنة ٦٩ق – جلسة ٢٠٠٠/١٠/١٧ لم ينشر بعد)

٦- الدعوى بطلب تسجيل التصرفات الواردة على عقار أو بصوريتها. تعلقها بأصل الحق. مؤداه. رفع المطعون ضده دعوى بطلب الحكم بشطب التسجيلات الواردة على عين النزاع أو بصورية عقد شراء الطاعنة الأولى لها. أثره. سقوط إدعائه بالحيازة قبل الطاعنين. شرطه. رفعه تلك الدعوى عليهم أنفسهم.

إن الدعوى بطلب تسجيل التصرفات الواردة على عقار أو بصورية هذه التصرفات تعد من قبيل الدعاوى المتعلقة بأصل الحق، ومن ثم فإن رفع المطعون ضده الدعوى.... بطلب الحكم بشطب التسجيلات الواردة على عين النزاع أو بصورية عقد شراء الطاعنة الأولى لها يترتب عليه سقوط إدعائه بالحيازة (إدعائه بالحيازة على الطاعنين) إذا كانت هذه الدعوى قد رفعت على الطاعنين أنفسهم.

(الطعن رقم ٤٧٠١ لسنة ٦٩ق جلسة ٢٠٠٠/١٠/١٧ لم ينشر بعد)

٧- إذ كان الطاعن لم يستن في طلباته (رد حيازة العقار موضوع الدعوى) إلى ملكيته لأرض النزاع وإنما ركن فيها إلى أنه يحوزها وينتفع بها بترخيص من الجهة المالكة فيكون له حماية حيازته لها والإنتفاع بها ودفع أي اعتداء من الغير على الحق المرخص به وإذ قضي الحكم رغم ذلك برفض دعواه استناداً منه على أن أرض التداعي من أملاك الدولة ولا يجوز رفع دعوى استرداد الحيازة بشأنها فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون وشابه القصور في التسبيب.

(الطعن رقم ١٩٢٤ ـ لسنة ٦١ ق ـ تاريخ الجلسة ٠٣ / ٠٣ / ٢٠٠٥)

٨- حيازة المرخص له فى الإنتفاع بالعين المرخص بها وإن اعتبرت حيازة عرضية فى مواجهة الجهة المرخصة إلا أنها حيازة أصلية فى مواجهة الغير تجيز للحائز أن يرفع باسمه على من يتعرض له جميع دعاوي الحيازة إذا وقع منه اعتداء على الحق المرخص به وهى تقوم على رد الإعتداء غير المشروع بدون نظر إلى صفة واضع اليد فلا يشترط توافر نية التملك عنده ويكفي لقبولها أن يكون لرافعها حيازة مادية حالة متصلة بالعقار إتصالاً فعلياً قائماً فى حالة وقوع الغصب والعبرة فى ثبوت هذه الحيازة – وهى واقعة مادية – بما يثبت قيامه فعلاً.

(الطعن رقم ١٩٢٤ ـ لسنة ٦١ ق ـ تاريخ الجلسة ٠٣ / ٠٣ / ٢٠٠٥)

* * *

مادة (٩٦١)

من حاز عقاراً واستمر حائزاً له سنة كاملة ثم وقع له تعرض فى حيازته جاز أن يرفع خلال السنة التالية دعوى بمنع هذا التعرض.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٩٦٥ ليبى و ١١٥٤ عراقى و ٧٧٨ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

يراجع – لاحقاً – التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد على المادة ٩٦٢ مدنى.

من أحكام القضاء الحديثة:

١– حماية حائز العقار من التعرض الذى يقع له – لا يشترط أن يكون المتعرض سئ النية.

النص فى المادة ٩٦١ من القانون المدنى إنما يوفر الحماية القانونية لحائز العقار من التعرض الذى يقع له ويعكر عليه حيازته إذا ما توفرت الشرائط التى تضمنتها هذه المادة، إذا لم يستلزم القانون لإصباغ تلك الحماية أن يكون المتعرض سيئ النية.

(نقض – جلسة ١٩٧٨/١/١٠ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٢٩ – ص ١٣٤)

٢– أوجب المشرع فى المادة ٩٦١ من القانون المدنى رفع دعوى منع التعرض خلال سنة من تاريخ حصول التعرض، فإذا تتابعت أعمال التعرض وترابطت وصدرت من شخص واحد تنشئ حالة اعتداء مستمرة يبدأ معها احتساب مدة السنة من تاريخ وقوع أول عمل من هذه الأعمال يظهر منه بوضوح أنه تضمن اعتداء على الحيازة.

وإذا تعددت أعمال التعرض وتتابعت واستقل بعضها عن بعض أو صدرت عن أشخاص مختلفين فكل عمل من هذه الأعمال يعتبر تعرضاً قائماً بذاته وتتعدد فيها دعاوى منع التعرض بتعدد هذه الأعمال أو الأشخاص الصادرة عنهم، وتحسب مدة السنة بالنسبة لكل دعوى من تاريخ وقوع التعرض الذى أنشأ هذه الدعوى.

(نقض – جلسة ١٩٧٩/٤/١٦ – الطعن ٧١١ لسنة ٤٦ق)

٣– الحكم الصادر فى دعوى منع التعرض لا يحوز قوة ا لأمر المقضى فى دعوى الملك. ما يقرره الحكم بشان توافر أركان الحيازة من عدمه لا يفيد المحكمة عند الفصل فى أصل الحق.

(نقض – جلسة ١٩٨٢/٥/١١ – الطعن ٢١٦ لسنة ٤٩ق)

٤– دعوى منع التعرض – وجوب توافر نية التملك لدى المدعى فيها وأن تكون الأموال محل الحيازة جائز تملكها بالتقادم.

(نقض – جلسة ١٩٨٢/٢/١٨ – الطعن ١٤١٩ لسنة ٤٧ق.)

٥ – إقامة المطعون ضدهما دعواهما بطلب منع التعرض الطاعن لهما في إستئجارهما وإنتفاعهما وحيازتهما لمحل النزاع إستناداً إلى عقد إستئجارهما له لأحقيتهما في إستئجاره ووضع اليد عليه بموجب ذلك العقد بعد صدور حكم مستعجل بطرد الطاعن المستأجر السابق للمحل. تعلقها بأصل الحق بحسب الطلبات فيها. مخالفة الحكم المطعون فيه ذلك وفصل فيها بإعتبارها دعوى حيازة. خطأ.

إذ كان البين من الأوراق أن المطعون ضدهما الأول والثاني أقاما الدعوى رقم... لسنة... الجيزة الإبتدائي بطلب الحكم بمنع تعرض الطاعن لهما في إستجارهما وإنتفاعهما وحيازتهما لمحل النزاع إستناداً إلى عقد إستئجارهما له المؤرخ ١٩٧٦/٦/٢٠ لأحقيتهما في إستئجاره ووضع اليد عليه بموجب ذلك العقد بعد صدور الحكم المستعجل بطرد الطاعن المستأجر السابق للمحل ورفض أشكاله في التنفيذ وقبل صدور الحكم في إستئنافه الحكم الصادر في الإشكال والذى قضى بإلغائه ووقف تنفيذ حكم الطرد المستعجل، فإن الدعوى بحسب هذه الطلبات وهذا الأساس تعتبر متعلقة بأصل الحق ولا تعد من دعاوى الحيازة إذ يتطلب الفصل فيها التصدى لعقدي إيجار كل من الطاعن والمطعون ضدهما وفقاً للمادة ١٦ من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ التى تحظر على المؤجر تحرير أكثر من عقد إيجار عن الوحدة الواحدة خاصة وأن الأحكام المستعجلة لا تجوز أي حجية أمام قاضى الموضوع وبعد أن قضى لصالح الطاعن بوقف تنفيذ حكم الطرد المستعجل وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وفصل في الدعوى بإعتبارها دعوى حيازة فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون.

(الطعن ١٨٢١ لسنة ٥٢ق – جلسة ١٩٩٠/٥/٣١ س٤١ ص٢٢٣)

٦ – دعوى منع التعرض. وجوب توافر نية التملك لدى رافعها. لازم ذلك. وجوب أن يكون العقار محلها جائز تملكه بالتقادم. مقتضاه.

(الطعن ٦١٨ لسنة ٥٧ق – جلسة ١٩٩٢/٣/١٨ س٤٣ ص٤٧١)

٧ – التعرض المستند إلى قرار إداري إقتضته مصلحة عامة. عدم صلاحيته لرفع دعوى بمنع هذا التعرض. حق الحائز في اللجوء إلى القضاء الإداري دون المحاكم العادية لوقف تنفيذ القرار أو إلغائه. م١٧ق ٤٦ لسنة ١٩٧٢. إنتهاء الحكم المطعون فيه إلى إجابة المطعون عليه إلى طلبه بمنع تعرض الطاعن له في المصنع محل النزاع تأسيساً على أن القرار الصادر من الأخير لا يعد قراراً إدارياً دون بحث الطبيعة القانونية للترخيص الصادر منه بإقامة المصنع وما إذا كان صادراً بوصفه سلطة عامة من عدمه قصور وفساد في الإستدلال.

المقرر في قضاء محكمة النقض أن التعرض المستند إلى قرار إداري إقتضته مصلحة عامة، لا يصلح أساساً لرفع دعوى لمنع هذا التعرض وذلك لما يترتب حتماً على الحكم في هذه الدعوى لمصلحة رافعها من تعطيل هذا القرار ووقف تنفيذه وهو ما يمتنع على المحاكم بنص المادة ١٧ من قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ ولا يكون للحائز في هذا الحال من سبيل لدفع هذا التعرض سوى الإلتجاء إلى القضاء الإداري لوقف تنفيذ القرار أو إلغاءه فإن الحكم المطعون فيه إذ أقام قضاءه

بإجابة المطعون عليه إلى طلبه بمنع تعرض الطاعن له في المصنع محل النزاع على ما خلص إليه في أسبابه من أن القرار الصادر بإزالة المصنع لا يعد قراراً إدارياً يمتنع على المحاكم العادية التعرض له بإلغائه أو وقف تنفيذه دون أن يعرض لمضمون الترخيص الصادر من الطاعن بإقامة ذلك المصنع، وتحديد طبيعته القانونية، وما إذا كان قد صدر من الجهة الإدارية بوصفها سلطة عامة أم بوصفها الجهة المؤجرة فقط وصولاً لتحديد مدى إختصاص المحاكم العادية بنظر المنازعة الناشئة عنه، فإنه يكون معيباً بالقصور في التسبيب والفساد في الإستدلال أدي به إلى الخطأ في تطبيق القانون.

(الطعن ١٦٢٧ لسنة ٥٣ق – جلسة ١٩٩٣/٥/١٢ س٤٤ ص٣٧٨)

٨ – تكييف الدعوى. العبرة فيه بحقيقة المقصود منها وفق الطلبات فيها وما يطرح واقعاً لها، الدعوى بطلب الحكم بسد المطلات التى فتحت دون مراعاة قيد المسافة. تكييفها الصحيح أنها دعوى سد مطلات تتعلق بأصل الحق. تكييفها بأنها دعوى منع التعرض التى يوجب القانون رفعها خلال سنة من وقوع التعرض بإعتبارها من دعاوى الحيازة والقضاء بعدم قبولها لرفعها بعد الميعاد. مخالفة للقانون وخطأ في تطبيقه.

إذ كانت العبرة في تكييف الدعوى. وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – بحقيقة المقصود منها وفق الطلبات فيها وما يطرح واقعاً لها وكانت الطاعنتان قد أقامتا الدعوى بطلب الحكم بسد المطلات التى فتحها المطعون ضدهم في بنائهم المجاور لعقار الطاعنتين على سند من أن فتح هذه المطلات دون مراعاة قيد المسافة يمثل إعتداء على ملكهما، فإن التكييف الصحيح لهذه الدعوى يكون بإعتبارها دعوى سد مطلات تتعلق بأصل الحق، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر بأن إعتبر الدعوى من دعاوى منع التعرض التى يوجب القانون رفعها خلال سنة من تاريخ وقوع التعرض بإعتبارها من دعاوى الحيازة ورتب على تجاوز هذا الموعد فى رفع الدعوى قضاءه بعد قبولها لرفعها بعد الميعاد فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه.

(الطعن ١٨٦٣ لسنة ٥٩ق جلسة ١٩٩٣/١١/١٨ س٤٤ ص٢٣٢)

٩ – دعوى منع التعرض. دعوى متميزة لها كيانها الخاص تقوم على الحيازة بصرف النظر عن أساسها ومشروعيتها. لا محل فيها للتعرض لبحث الملكية وفحص مستنداتها إعتبارها بهذه المثابة مستقلة عن دعوى تثبيت الملكية والتعويض في صورة طلب عارض في دعوى منع التعرض. لا يغير من ذلك إضافة طلب منع التعرض إلى الطلب العارض المشار إليه. علة ذلك.

لما كان الثابت أن المطعون ضده قد إفتتح دعواه بطلب الحكم له ضد الطاعنة بمنع تعرضها له فى إقامة السور محل النزاع وبالتالى فهي من دعاوى الحيازة المعروفة في القانون أساسها الأصلى الحيازة بشروطها القانونية ومرماها حماية هذه الحيازة بصرف النظر عن أساسها ومشروعيتها فلا محل للتعرض فيها لبحث الملكية

وفحص ما يتمسك به الخصوم من مستنداتها لأنها لا تتناول غير واقعة الحيازة ومن ثم فإنها تعد بهذه المثابة دعوى متميزة لها كيانها الخاص ومستقلة كل الإستقلال عن طلب المطعون ضده تثبيت ملكيته للأرض البالغ مساحتها ١٣، ٢٥٣ م٢ وعدم تعرض الطاعنة له في هذه الملكية وإلزامها بأن تؤدى إليه خمسمائة جنيه كتعويض عما لحقه من أضرار لأن البحث في هذا الطلب يتناول أساس حق الملكية ومشروعيته لا يغير من ذلك ما جاء على لسان المطعون ضده من أن الطاعنة متعرضة له ويطلب منع تعرضها لأن مقصودة من هذا الطلب تقرير الملك له وبالتالى لا يجوز تقديمه في صورة طلب عارض لإختلافه عن الطالب الأصلى فى موضوعه وسببه.

(الطعن ٨٦٥ لسنة ٦١ق جلسة ١٩٩٥/١١/٣٠ س٤٦ ص١٢٨٠)

١٠ – تنفيذ الحكم الصادر بتسليم الطاعنين نصيب كل منهم مقرزاً. عدم إعتباره تعرضا للمطعون ضده واضع اليد على جزء من مسطح تلك الأرض يجيز له رفع دعوى منع التعرض.

(الطعن ٣٤٦٧ لسنة ٦١ق جلسة ١٩٩٧/١/٤ لم ينشر بعد)

١١ – لكل ذى يد على عقار أن يحمى يده بدعاوى وضع اليد. وضع اليد بمعناه القانوني وقوعه على العقار المفرز كما يقع على الحصة الشائعة. عدم وجود تفرقة في الحماية بين وضع اليد على الشيوع ووضع اليد الخالص. مؤداه. لكل واضع يد خالصة أو على الشيوع الإستعانة بدعاوى وضع اليد في حماية يده. رفعها من الشريك في الملك الشائع لدفع التعرض الواقع له. مقبول.

المقرر في قضاء هذه المحكمة أن القانون جعل لكل ذى يد على عقار أن يحمى يده بدعاوى وضع اليد، ولما كان وضع اليد بمعناه القانوني كما يقع على العقا المفرز يقع على الحصة الشائعة...، ولما كان لا يوجد في القانون أية تفرقة في الحماية بين وضع اليد على الشيوع ووضع اليد الخالص لعدم وجود أي مقتضى، فإنه يكون لكل واضع يد خالصة أو على الشيوع أن يستعين بدعاوى وضع اليد في حماية يده. فيقبل رفع هذه الدعاوى من الشريك في الملك الشائع لدفع التعرض الواقع له أياً كان التعرض. فإن وقع من أحد الشركاء في العقار المشاع فعل من أفعال التعرض إنه يجوز لهؤلاء الشركاء أن يستعينوا بدعوى منع التعرض.

(الطعن ٨٩١ لسنة ٦٢ق – جلسة ١٩٩٨/١/١٨ لم ينشر بعد)

١٢ – وضع المطعون عليهما اليد على مساحة من أعيان النزاع في حدود حصتهما الشائعة المملوكة لهما والتى تقع ضمن مساحة أكبر تمتلك الدولة حصة شائعة فيها ويضع الطاعن بصفته يده عليها مفرزة. لا يحول بينهما وبين حقهما في حماية يدهما بدعاوى اليد ومنها منع تعرض الطاعن لهما. علة ذلك.

لما كان الثابت من الأوراق – وبما لا خلاف عليه بين الخصوم – أن المطعون عليهما " أولاً " تضعان اليد على مساحة معينة في حدود حصتهما الشائعة المملوكة لهما والتى تقع ضمن مساحة أكبر تمتلك الدولة بدورها حصة شائعة فيها فيكون لهما – بصفتهما هذه – أن يستعينا بدعاوى اليد – ومن بينهما دعوى منع التعرض – في

حماية يدهما لمنع تعرض الطاعن لهما، ولا يحول بينهما وبين هذه الحماية أن يكون الطاعن بصفته – بدوره – مالكاً لحصة على الشيوع في كامل المساحة يضع اليد عليها مفرزة خصص جزء منها دارا للمسنين ويؤجر باقيها لأخرين لأن مرد كل ذلك يخضع لأحكام الملكية الشائعة والقواعد التى وضعها الشارع لتنظيمها والتى تقضى بأن لكل من الشركاء على الشيوع حق ملكية حقيقية في حصته الشائعة.

(الطعن ٨٩١ لسنة ٦٢ق – جلسة ١٩٩٨/١/١٨ لم ينشر بعد)

١٣ – إستناد الطاعن ف طلبه منع تعرض المطعون عليه له في عقار التداعي إلى حقوقه المترتبة على شرائه المبيع بعقد عرفي مقترن بوضع اليد. دفاع جوهري. قضاء الحكم المطعون فيه برفض الدعوى إستناداً لعدم إنتقال الملكية له بالتسجيل. فساد في الإستدلال وقصور في التسبيب.

لما كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه برفض الدعوى على ما أورده من القول أن "ملكية العين في جزء منها لم ينتقل إلى البائعة لعدم تسجيل الحكم الصادر لها بصحة ونفاذ عقد البيع المرخ ١٩٧١/٧/٢٨ وأن الملكية لم تنتقل إليها سوى عن حصة قدرها ١٣ط من ٢٤ط بموجب عقد شهر حق الإرث وحكم صحة التعاقد المشهر تحت رقم ٤٠٧ بتاريخ ١٩٧٧/٧/١٣ .... وذلك بحسبان أن الملكية في المواد العقارية لا تنتقل سواء بين المتعاقدين أو الغير إلا بالتسجيل، وكان الثابت أن المستأنف ضده أقام دعواه إستناداً إلى مشتراه بموجب عقدي بيع إبتدائي مؤرخين ١٩٨٠/١١/١٢، ١٩٨٠/١٢/١٣ وهما لا يرتبان أثراً في إنتقال الملكية إليه لعدم تسجيلها ولم يقدم المستأنف ضده سبباً آخر من أسباب كسب الملكية يمكن التعويل عليه ...." وكان هذا الذى ساقه الحكم المطعون فيه ركيزة لقضائه برفض دعوى الطاعن لا يواجه دفاعه وما تمس به من حيازته لعقار التداعي وتعرض المطعون عليه بصفته له فيه على ما هو ثابت من أوراق الدعوى وتقرير الخبير المندوب فيها، والذى يصلح لأن يكون أساساً لطلبه الحكم بمنع هذا التعرض، وهو دفاع جوهري من شأنه إن صح – أن يتغير به وجه الرأي في الدعوى، فإنه يكون معيباً بالفساد في الإستدلال فضلاً عن القصور في التسبيب.

(الطعن رقم ٩٥١ لسنة ٦٢ق – جلسة ١٩٩٨/١/١٨)

١٤ – ثبوت أن أرض النزاع من أملاك الدولة الخاصة وان المطعون ضده الأول طلب شرائها من إدارة الأموال المستردة وأن المطعون ضدهما طلبا شراءها من الهيئة العامة للإصلاح الزراعي وعدم زعم أيهما أن حيازتهما لها إنتزعت منهما بالقوة أو بالغصب أو نتيجة غش أو خداع أو تدليس. أثره. عدم قبول دعواهما بطلب إسترداد الحيازة ومنع التعرض القضاء برد حيازتهما للأرض ويمنع تعرض الطاعنة لهما. مخالفة للقانون وخطأ في تطبيقه.

لما كان الواقع في الدعوى في ضوء ما حصله الحكم المطعون فيه، وأقر به المطعون ضدهما في صحيفة دعواهما أن قطعة الأرض موضوع النزاع من أملاك الدولة الخاصة، وأن أولهما طلب من إدارة الأموال المستردة في ١٩٨٥/١٢/٦ أن

تبيعه إياها، ثم طلب الإثنان من الهيئة العامة للإصلاح الزراعي شراءها في ١٩٩٤/٢/٧ فإن دعواهما بطلب منع التعرض لهما فيها تكون حرية بعدم القبول لورودها على مال لا ترد عليه دعاوى الحيازة وإذ لم يزعم المطعون ضدهما أن حيازتهما إنتزعت منهما بالقوة أو بالغصب علناً أو خفية، أو نتيجة غش أو خداع أو تدليس – وهو شرط لازم لقبول دعوى إسترداد الحيازة – وإنما قالا إنهما فوجئا بتعرض بعض عمال الشركة الطاعنة لهما في حيازتهما وتقديم بلاغ ضدهم عن طلبهما إسترداد الحيازة يكون هو الآخر حقيقياً بعد القبول. ولما كان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وقضى برد حيازة المطعون ضدهما للأرض موضع النزاع وبمنع تعرض الطاعنة لهما، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه.

(الطعن ٢٣٦٩ لسنة ٦٨ق – جلسة ١٩٩٩/١١/٣٠)

١٥ – التعرض المستند إلى أمر إداري إقتضته مصلحة عامة. عدم صلاحيته أساساً لرفع دعوى حيازة بمنع هذا التعرض علة ذلك. م١٧ق ٤٦ لسنة ١٩٧٢ بشأن السلطة القضائية. دفع هذا التعرض. سبيله. الإلتجاء للقضاء الإداري لوقف تنفيذ الأمر أو إلغائه. صدور قرار بإعتماد خطوط تنظيم بمقتضى م١٣ ق١٠٦ لسنة ١٩٧٦ بشأن تنظيم المبانى مستكملاً في ظاهرة مقومات القرار الإداري غير المشوب بعيب ينحدر به إلى درجة العدم ورفض الوحدة المحلية الترخيص للمطعون ضدهم بالبناء والتعلية لعقار النزاع لوقوعه داخل تلك الخطوط. إقامتهم الدعوى بطلب عدم الإعتداد بهذا القرار لإنعدامه طبقاً للمادة ١٠ ق٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ وبعدم التعرض لهم في العقار. إنعقاد الإختصاص بنظرها لمحاكم مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري.

إذ كان الثابت في الأوراق – وحصله الحكم المطعون فيه – أن واقعة الدعوى تخلص في أن وزير الشئون البلدية والقروية أصدر قراراً في الأول من مارس ١٩٥٩ أتبعه بإستدراك نشر في الجريدة الرسمية بتاريخ ١٩٦٣/٢/١٨ بإعتماد خطوط تنظيم المناطق الحديثة بمدينة .... بناء على الصلايات المخولة له بمقضتى المادة ١٣ من القانون ١٠٦ لسنة ١٩٧٦ بشان تنظيم المبانى وأن الوحدة المحلية لمركز ومدينة.... رفضت الترخيص للمطعون ضده الثاني بتعلية دور أول علوى وإقامة مبان حديثة لوقوع عقاره داخل خطوط التنظيم المشار إليها، ومن ثم أقام والمطعون ضدهما الأول والثالث الدعوى التى صدر فيها الحكم المطعون فيه بطلب عدم الإعتداد بالقرار سالف الذكر لإنعدامه طبقاً للمادة العاشرة من القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤وبعدم تعرض الطاعنين (المحافظ ورئيس الوحدة المحلية لذلك المركز والمدينة) لهم في أملاكهم. وإذ كان قرار إعتماد خط التنظيم موضوع النزاع قد صدر مستكملاً – في ظاهرة – مقومات القرار الإداري غير المشوب بعيب ينحر به إلى درجة العدم، وكان المقرر – في قضاء هذه المحكمة – أن التعرض المستند إلى أمر إداري إقتضته مصلحة عامة لا يصلح أساساً لرفع دعوى حيازة بمنع هذا التعرض، وذلك لما يترتب حتماً على الحكم في هذه الدعوى – لمصلحة رافعها – من تعطيل هذا الأمر ووقف تنفيذه، وهو ما يمتنع على المحاكم بنص المادة ١٧ من قانون السلطة القضائية الصادر بالقرار

الجمهوري بالقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢، ولا يكون للحائز في هذه الحالة من سبيل لدفع هذا التعرض سوى الإلتجاء إلى القضاء الإداري لوقف تنفيذ الأمر أو إلغائه، فإن الإختصاص بنظر النزاع المطروح – بوجهيه – ينعقد لمحاكم مجلس الدولة بهيئة قضائية إداري وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون معيباً.

(**الطعن ٤٨٨٩ لسنة ٦٣ق – جلسة ٢٠٠٠/١١/٢١ لم ينشر بعد**)

١٦ – حيث أن حاصل ما تنعى به الطاعنة على الحكم المطعون فيه بأسباب الطعن الخطأ في تطبيق القانون والقصور في التسبيب وفي بيان ذلك تقول أن حيازتها للشقة الأخرى – غير المؤجرة إلى الطاعن الأول من المطعون ضدها – إستمرت لأكثر من عام بدءاً من أول يونيو سنة ١٩٨٧ حتى ١٥ من مارس سنة ١٩٨٩ تاريخ تعرض المطعون ضدها المذكورة لها إلا أن الحكم المطعون فيه ساير حكم محكمة أول درجة وإعتبر تاريخ التعرض هو تاريخ رفع الدعوى الأصلية في ١٩٨٨/٢/١٦ وقضى برفض تدخلها لعدم إكتمال حيازتها مدة السنة مما يعيبه ويستوجب نقضه.

وحيث أن هذا النعى مردود، ذلك أن القانون المدني بنصه في المادة ٩٦١ منه على أن " من حاز عقاراً وإستمر حائزاً له سنة كاملة ثم وقع له تعرض في حيازته جاز له أن يرفع خلال السنة التالية دعوى بمنع هذا التعرض " إنما يوفر الحماية القانونية لحائز العقار من التعرض الذى يقع له ويعكر عليه حيازته إذا ما توافرت الشرائط التى تضمنتها هذه المادة، والمقرر – في قضاء هذه المحكمة – أن لمحكمة الموضوع السلطة التامة في التحقق من إستيفاء الحيازة للشروط التى يتطلبها القانون ولا سبيل لمحكمة النقض عليها مادامت قد أقامت قضاءها على أسباب سائغة، كما أن عمل الخبير لا يعدو أن يكون عنصراً من عناصر الإثبات في الدعوى يخضع لتقدير محكمة الموضوع التى لها سلطة الأخذ به كله أو ببعض ما جاء به إذا وجدت فيه ما يقنعها ويتفق مع ما رأت أنه وجه الحق في الدعوى مادام قائماً على أسباب لها سندها في الأوراق وتؤدى إلى ما إنتهى إليه وأن في أخذها بالتقرير محمولاً على أسبابه ما يفيد أنها لم تجد فى المطاعن الموجهة إليه ما يستحق الرد عليه بأكثر مما تضمنه التقرير.

(**الطعن ٩٨٨ لسنة ٦٥ق – جلسة ٢٠٠٢/١/١٦ لم ينشر بعد**)

* * *

مادة (٩٦٢)

١- من حاز عقاراً واستمر حائزاً له سنة كاملة وخشى لأسباب معقولة التعرض له من جراء أعمال جديدة تهدد حيازته كان له أن يرفع الأمر إلى القاضى طالباً وقف هذه الأعمال، بشرط ألا تكون قد تمت ولم ينقض عام على البدء فى العمل الذى يكون من شأنه أن يحدث الضرر.

٢- وللقاضى أن يمنع إستمرار الأعمال أو أن يأذن فى استمرارها، وفى كلتا الحالتين يجوز للقاضى أن يأمر بتقديم كفالة مناسبة تكون فى حالة الحكم بوقف الأعمال ضماناً لإصلاح الضرر الناشئ من هذا الوقف متى تبين بحكم نهائى أن الاعتراض على استمرارها كان على غير أساس، وتكون فى حالة الحكم باستمرار الأعمال ضماناً لإزالة هذه الأعمال كلها أو بعضها إصلاحاً للضرر الذى يصيب الحائز إذا حصل على حكم نهائى فى مصلحته.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٩٦٦ ليبى و ١١٥٥ عراقى و ٧٧٩ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

للحيازة دعاوى ثلاث تحميها هى:

١- دعوى استرداد الحيازة: ويستطيع الحائز أن يسترد بها حيازته ممن اغتصبها، ويشترط أن ترفع الدعوى فى السنة التالية لانتزاع الحيازة كرهاً، أو لكشف انتزاعها خلسة، وترفع ضد من انتزع الحيازة أو من خلفه ولو كان حسنة النية. على أن الحائز الذى يرفع دعوى استرداد الحيازة يجب أن يكون هو نفسه قد استمرت حيازته سنة كاملة على الأقل، فإن لم تكن قد استمرت هذه المدة وانتزعت منه فإن كان لم يستردها فى خلال السنة كان من انتزع الحيازة وهو الذى تحمى حيازته، لأنها بقيت سنة. أما إذا أراد استردادها فى خلال السنة وكان كل من المسترد ومنتزع الحيازة لم تمض على حيازته سنة كاملة، فيكسب الدعوى من كانت حيازته أفضل، والحيازة الأفضل هى التى تقوم على سند قانونى، فإن تعادلت السندات كانت الحيازة الأفضل هى الحيازة الأسبق فى التاريخ.

٢- دعوى منع التعرض: وهذه لا تعطى إلا لمن بقيت حيازته كاملة وترفع فى خلال سنة كاملة وترفع فى سنة من بدء التعرض.

٣- دعوى وقف الأعمال الجديدة: وهى كذلك لا تعطى إلا لمن بقيت حيازته سنة كاملة، وموضوع الدعوى ليس هو تعرضاً تم، بل أعمالاً لو تمت لكان فيها تعرض للحيازة، كما إذا بدأ شخص بناء حائط لو تم لسد النور على مطل للجار، فيرفع الجار دعوى وقف الأعمال الجديدة بشرط ألا يكون قد مضى عام على العمل الذى بدأ، وبشرط ألا يكون العمل قد تم، فإن تم العمل كانت الدعوى التى ترفع هى دعوى منع

التعرض، فإذا ما استوفت دعوى وقف الأعمال الجديدة شروطها ورفعت فى الميعاد، كان للقاضى حسب تقديره أن يمنع استمرار الأعمال أو أن يأذن فى استمرارها بكفالة فى الحالتين، فتكون الكفالة فى الحالة الأولى لضمان التعويض، فيما إذا تبين فى دعوى الموضوع أن الأعمال التى وقفت كان ينبغى أن تستمر، وفى الحالة الثانية لضمان التعويض فيما إذا تبين أن الأعمال التى أذن فى استمرارها كان ينبغى أن توقف[1].

من أحكام القضاء الحديثة:

١- لما كان الثابت من الأوراق - وبما لا خلاف عليه بين الخصوم - أن المطعون عليهما "أولا" تضعان اليد على مساحة معينة في حدود حصتهما الشائعة المملوكة لهما والتي تقع ضمن مساحة أكبر تمتلك الدولة بدورها حصة شائعة فيها فيكون لهما - بصفتهما هذه أن يستعينا بدعاوى اليد - ومنها دعوى منع التعرض - في حماية يدهم لمنع تعرض الطاعن لهما، ولا يحول بينهما وبين هذه الحماية أن يكون الطاعن بصفته - بدوره - مالكا لحصة على الشيوع في كامل المساحة يضع اليد عليها مفرزة خصص جزءا منها دارا للمسنين ويؤجر باقيها لآخرين لأن مرد كل ذلك يخضع لأحكام الملكية الشائعة والقواعد التي وضعها الشارع لتنظيمها والتي تقضي بأن لكل من الشركاء على الشيوع حق ملكية حقيقية في حصته الشائعة.

(**الطعن رقم ٨٩١ لسنة ٦٢ ق - تاريخ الجلسة ١٨ / ٠١ / ١٩٩٨**)

* * *

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى - جزء ٦ - ص ٤٧٩.

obeikan.com

فهرس المجلد السابع

obeikan.com

obeikan.com

الموضـــوع	الصفحة
مـــادة (٨٢٧)	٣
إدارة المال الشائع لشركاء مجتمعين	٣
الأعمال التحضيرية	٣
رأي الفقه	٣
أحكام القضاء الحديثة	٦
مـــادة (٨٢٨)	٨
الأغلبية اللازمة لتعيين مدير للشيوع	٨
الأعمال التحضيرية	٨
رأي الفقه	٨
أحكام القضاء الحديثة	١٥
مـــادة (٨٢٩)	٢٠
الإدارة غير المعتادة	٢٠
الأعمال التحضيرية	٢٠
رأي الفقه	٢٠
أحكام القضاء الحديثة	٢٧
مـــادة (٨٣٠)	٣٠
حق الشريك فى اتخاذ إجراءات الحفظ والصيانة	٣٠
الأعمال التحضيرية	٣٠
رأي الفقه	٣٠
أحكام القضاء الحديثة	٣٣
مـــادة (٨٣١)	٣٤
صور نفقات الإدارة والحفظ والأعباء	٣٤
الأعمال التحضيرية	٣٤
رأي الفقه	٣٤
أحكام القضاء الحديثة	٣٨
مـــادة (٨٣٢)	٣٩
الأغلبية اللازمة للتصرف فى المال الشائع	٣٩
الأعمال التحضيرية	٣٩
رأي الفقه	٣٩
أحكام القضاء الحديثة	٤٣

obeikan.com

الموضـــوع	الصفحة
مـــادة (٨٣٣)	٤٤
استرداد الحصة المنقولة المبيعة	٤٤
الأعمال التحضيرية	٤٤
رأي الفقه	٤٤
أحكام القضاء الحديثة	٤٧
إنقضاء الشيوع بالقسمة	٤٩
مـــادة (٨٣٤)	٤٩
قسمة المال الشائع	٤٩
الأعمال التحضيرية	٤٩
رأي الفقه	٤٩
أحكام القضاء الحديثة	٥١
مـــادة (٨٣٥)	٥٣
القسمة الرضائية	٥٣
الأعمال التحضيرية	٥٣
رأي الفقه	٥٣
أحكام القضاء الحديثة	٥٥
مـــادة (٨٣٦)	٥٩
القسمة القضائية	٥٩
الأعمال التحضيرية	٥٩
رأي الفقه	٥٩
أحكام القضاء الحديثة	٦٢
مـــادة (٨٣٧)	٦٤
تكوين الحصص أو التجنيب	٦٤
الأعمال التحضيرية	٦٤
رأي الفقه	٦٤
أحكام القضاء الحديثة	٦٥
مـــادة (٨٣٨)	٦٦
المنازعات المتعلقة بتكوين الحصص أو التجنيب	٦٦
الأعمال التحضيرية	٦٦
رأي الفقه	٦٦

الموضـــوع	الصفحة
أحكام القضاء الحديثة	٦٧
مـــادة (٨٣٩)	٦٩
الحكم فى دعوى القسمة	٦٩
الأعمال التحضيرية	٦٩
رأي الفقه	٦٩
أحكام القضاء الحديثة	٧٠
مـــادة (٨٤٠)	٧١
تصديق المحكمة الابتدائية على حكم القسمة لوجود غائب	٧١
الأعمال التحضيرية	٧١
رأي الفقه	٧١
أحكام القضاء الحديثة	٧٢
مـــادة (٨٤١)	٧٣
القسمة بطريق التصفية ببيع المال الشائع	٧٣
الأعمال التحضيرية	٧٣
رأي الفقه	٧٣
أحكام القضاء الحديثة	٧٤
مـــادة (٨٤٢)	٧٦
معارضة الدائن فى إجراء القسمة	٧٦
الأعمال التحضيرية	٧٦
رأي الفقه	٧٧
مـــادة (٨٤٣)	٨٢
الأثر الكاشف للقسمة	٨٢
الأعمال التحضيرية	٨٢
رأي الفقه	٨٢
أحكام القضاء الحديثة	٨٥
مـــادة (٨٤٤)	٩٠
ضمان المتقاسم للتعرض والاستحقاق المتقاسمين	٩٠
الأعمال التحضيرية	٩٠
رأي الفقه	٩٠
أحكام القضاء الحديثة	٩٤

openkanon.com

الموضـــوع	الصفحة
مـــادة (٨٤٥)	٩٦
نقض القسمة للغبن	٩٦
الأعمال التحضيرية	٩٦
رأي الفقه	٩٦
أحكام القضاء الحديثة	٩٨
مـــادة (٨٤٦)	٩٩
قسمة المهاياة المكانية	٩٩
الأعمال التحضيرية	٩٩
رأي الفقه	٩٩
أحكام القضاء الحديثة	١٠٢
مـــادة (٨٤٧)	١٠٧
قسمة المهاياه الزمنية	١٠٧
الأعمال التحضيرية	١٠٧
رأي الفقه	١٠٧
أحكام القضاء الحديثة	١٠٧
مـــادة (٨٤٨)	١٠٩
أحكام قسمة المهاياة	١٠٩
الأعمال التحضيرية	١٠٩
رأي الفقه	١٠٩
أحكام القضاء الحديثة	١٠٩
مـــادة (٨٤٩)	١١٢
قسمة المهاياة أثناء إجراءات القسمة القضائية	١١٢
الأعمال التحضيرية	١١٢
رأي الفقه	١١٣
الشيوع الاجبارى	١١٤
مـــادة (٨٥٠)	١١٤
تعارض القسمة مع الغرض من الشيوع	١١٤
الأعمال التحضيرية	١١٤
رأي الفقه	١١٤

obeikan.com

الموضـــوع	الصفحة
ملكية الأسرة	١١٧
مـــادة (٨٥١)	١١٧
شروط إنشاء ملكية الأسرة	١١٧
الأعمال التحضيرية	١١٧
رأي الفقه	١١٧
مـــادة (٨٥٢)	١٢٠
مدة ملكية الأسرة	١٢٠
الأعمال التحضيرية	١٢٠
رأي الفقه	١٢٠
مـــادة (٨٥٣)	١٢١
امتناع القسمة مدة بقاء ملكية الأسرة	١٢١
الأعمال التحضيرية	١٢١
رأي الفقه	١٢١
مـــادة (٨٥٤)	١٢٢
تعيين مدير لملكية الأسرة	١٢٢
الأعمال التحضيرية	١٢٢
رأي الفقه	١٢٢
مـــادة (٨٥٥)	١٢٤
نطاق تطبيق أحكام الشروع والوكالة	١٢٤
الأعمال التحضيرية	١٢٤
رأي الفقه	١٢٤
أحكام القضاء الحديثة	١٢٥
ملكية الطبقات	١٢٧
مـــادة (٨٥٦)	١٢٧
تعدد ملاك الطبقات أو شقق الدار	١٢٧
الأعمال التحضيرية	١٢٧
رأي الفقه	١٢٧
أحكام القضاء الحديثة	١٣٠

openkan.com

الموضـــوع	الصفحة
مـــادة (٨٥٧)	١٣٣
استعمال الأجزاء المشتركة	١٣٣
الأعمال التحضيرية	١٣٣
رأي الفقه	١٣٣
أحكام القضاء الحديثة	١٣٥
مـــادة (٨٥٨)	١٣٧
اشتراك المالك فى تكاليف حفظ وصيانة الأجزاء المشتركة	١٣٧
الأعمال التحضيرية	١٣٧
رأي الفقه	١٣٧
أحكام القضاء الحديثة	١٣٩
مـــادة (٨٥٩)	١٤١
التزام صاحب السفل بالترميمات	١٤١
الأعمال التحضيرية	١٤١
رأي الفقه	١٤١
أحكام القضاء الحديثة	١٤٣
مـــادة (٨٦٠)	١٤٤
التزام صاحب السفل فى حالة تهدم العقار	١٤٤
الأعمال التحضيرية	١٤٤
رأي الفقه	١٤٤
أحكام القضاء الحديثة	١٤٧
مـــادة (٨٦١)	١٤٩
نطاق ارتفاع صاحب العلو بالبناء	١٤٩
الأعمال التحضيرية	١٤٩
رأي الفقه	١٤٩
أحكام القضاء الحديثة	١٥١
مـــادة (٨٦٢)	١٥٢
إنشاء اتحاد الملاك وفقا للقانون المدنى	١٥٢
الأعمال التحضيرية	١٥٢
رأي الفقه	١٥٢
أحكام القضاء الحديثة	١٥٣

openkan.com

الموضـــوع	الصفحة
مـــادة (٨٦٣)	١٦٠
نظام إدارة العقار	١٦٠
الأعمال التحضيرية	١٦٠
رأي الفقه	١٦٠
أحكام القضاء الحديثة	١٦٠
مـــادة (٨٦٤)	١٦٢
الإدارة فى حالة عدم وجود نظام للإدارة	١٦٢
الأعمال التحضيرية	١٦٢
رأي الفقه	١٦٢
أحكام القضاء الحديثة	١٦٣
مـــادة (٨٦٥)	١٦٥
التأمين على العقار	١٦٥
الأعمال التحضيرية	١٦٥
رأي الفقه	١٦٥
أحكام القضاء الحديثة	١٦٥
مـــادة (٨٦٦)	١٦٧
تعيين مأمور الاتحاد وصفته	١٦٧
الأعمال التحضيرية	١٦٧
رأي الفقه	١٦٧
أحكام القضاء الحديثة	١٦٧
مـــادة (٨٦٧)	١٧٣
تحديد أجر مأمور الاتحاد	١٧٣
الأعمال التحضيرية	١٧٣
رأي الفقه	١٧٣
أحكام القضاء الحديثة	١٧٣
مـــادة (٨٦٨)	١٧٥
سلطة الاتحاد فى حالة هلاك العقار	١٧٥
الأعمال التحضيرية	١٧٥
رأي الفقه	١٧٥
أحكام القضاء الحديثة	١٧٥

openkan.com

الموضـــوع	الصفحة
مـــادة (٨٦٩)	١٧٧
امتياز الاتحاد فى حالة إقراض الشريك	١٧٧
الأعمال التحضيرية	١٧٧
رأي الفقه	١٧٨
أحكام القضاء الحديثة	١٧٩
الفصل الثاني	
أسباب كسب الملكية	١٨٠
١ ـ الإستيلاء	
الإستيلاء على منقول ليس له مالك	
مـــادة (٨٧٠)	١٨٠
شروط تملك المملوك بالاستيلاء	١٨٠
الأعمال التحضيرية	١٨٠
رأي الفقه	١٨٠
أحكام القضاء الحديثة	١٨٢
مـــادة (٨٧١)	١٨٣
مناط التخلي عن ملكية المنقول	١٨٣
الأعمال التحضيرية	١٨٣
رأي الفقه	١٨٣
أحكام القضاء الحديثة	١٨٥
مـــادة (٨٧٢)	١٨٦
ملكية الكنز المخبوء	١٨٦
الأعمال التحضيرية	١٨٦
رأي الفقه	١٨٦
مـــادة (٨٧٣)	١٨٩
الاستيلاء على الصيد واللقطة والأشياء الثمينة	١٨٩
الأعمال التحضيرية	١٨٩
رأي الفقه	١٨٩
أحكام القضاء الحديثة	١٩٠

obeikan.com

الموضـــوع	الصفحة
الإستيلاء على عقار ليس له مالك	١٩٢
مـــادة (٨٧٤)	١٩٢
الأراضي غير المزروعة التى لا مالك لها	١٩٢
الأعمال التحضيرية	١٩٢
رأي الفقه	١٩٣
أحكام القضاء الحديثة	١٩٦
مـــادة (٨٧٥)	١٩٩
تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم	١٩٩
الأعمال التحضيرية	١٩٩
رأي الفقه	١٩٩
أحكام القضاء الحديثة	٢٠٠
تعيين مصف للتركة	٢٠٥
مـــادة (٨٧٦)	٢٠٥
طلب تعيين مصف إن لم يعين المورث وصيا للتركة	٢٠٥
الأعمال التحضيرية	٢٠٥
رأي الفقه	٢٠٥
أحكام القضاء الحديثة	٢٠٦
مـــادة (٨٧٧)	٢٠٩
رفض مهام التصفية أو التنحي عنها	٢٠٩
الأعمال التحضيرية	٢٠٩
رأي الفقه	٢٠٩
أحكام القضاء الحديثة	٢١٠
مـــادة (٨٧٨)	٢١١
تثبيت المحكمة لوصي التركة	٢١١
الأعمال التحضيرية	٢١١
رأي الفقه	٢١١
أحكام القضاء الحديثة	٢١١
مـــادة (٨٧٩)	٢١٣
قيد أوامر تعيين المصفيين وتثبيت أوصياء	٢١٣
الأعمال التحضيرية	٢١٣

الموضـــوع	الصفحة
رأي الفقه	٢١٣
أحكام القضاء الحديثة	٢١٤
مـــادة (٨٨٠)	٢١٦
قيام المصفي بأعمال التصفية برقابة المحكمة	٢١٦
الأعمال التحضيرية	٢١٦
رأي الفقه	٢١٦
أحكام القضاء الحديثة	٢١٨
مـــادة (٨٨١)	٢١٩
إتخاذ المحكمة الإجراءات اللازمة للمحافظة على التركة	٢١٩
الأعمال التحضيرية	٢١٩
رأي الفقه	٢١٩
أحكام القضاء الحديثة	٢١٩
مـــادة (٨٨٢)	٢٢١
نفقات تجهيز المورث	٢٢١
الأعمال التحضيرية	٢٢١
رأي الفقه	٢٢١
أحكام القضاء الحديثة	٢٢٢
جرد التركة	٢٢٥
مـــادة (٨٨٣)	٢٢٥
أثر قيد الأمر على الإجراءات القضائية	٢٢٥
الأعمال التحضيرية	٢٢٥
رأي الفقه	٢٢٥
أحكام القضاء الحديثة	٢٢٦
مـــادة (٨٨٤)	٢٢٧
حظر تصرف الوارث قبل تسلمه شهادة التوريث	٢٢٧
الأعمال التحضيرية	٢٢٧
رأي الفقه	٢٢٨
أحكام القضاء الحديثة	٢٢٨
مـــادة (٨٨٥)	٢٢٩
إتخاذ المصفي الإجراءات التحفظية	٢٢٩

obeikan.com

الموضـــوع	الصفحة
الأعمال التحضيرية	٢٢٩
رأي الفقه	٢٢٩
أحكام القضاء الحديثة	٢٣١
مـــادة (٨٨٦)	٢٣٢
دعوة الدائنين لتقديم بيان بحقوقهم وإلتزاماتهم	٢٣٢
الأعمال التحضيرية	٢٣٢
رأي الفقه	٢٣٢
مـــادة (٨٨٧)	٢٣٤
إلتزام المصفي بإيداع قائمة بديون وحقوق التركة	٢٣٤٧
الأعمال التحضيرية	٢٣٤
رأي الفقه	٢٣٤
مـــادة (٨٨٨)	٢٣٥
جرد التركة	٢٣٥
الأعمال التحضيرية	٢٣٥
رأي الفقه	٢٣٥
مـــادة (٨٨٩)	٢٣٦
الإستيلاء غشا على مال التركة	٢٣٦
الأعمال التحضيرية	٢٣٦
رأي الفقه	٢٣٦
مـــادة (٨٩٠)	٢٣٧
المنازعة في صحة الجرد	٢٣٧
الأعمال التحضيرية	٢٣٧
رأي الفقه	٢٣٨
أحكام القضاء الحديثة	٢٣٩
مـــادة (٨٩١)	٢٤٠
الوفاء بالديون	٢٤٠
الأعمال التحضيرية	٢٤٠
مـــادة (٨٩٢)	٢٤١
مناط وقف الوفاء بالديون	٢٤١

الموضـــوع	الصفحة
الأعمال التحضيرية	٢٤١
رأي الفقه	٢٤١
مـــادة (٨٩٣)	٢٤٢
الوفاء بالديون من حقوق التركة	٢٤٢
الأعمال التحضيرية	٢٤٢
رأي الفقه	٢٤٢
أحكام القضاء الحديثة	٢٤٣
مـــادة (٨٩٤)	٢٤٤
الحكم بحلول الديون المؤجلة	٢٤٤
الأعمال التحضيرية	٢٤٤
رأي الفقه	٢٤٤
مـــادة (٨٩٥)	٢٤٥
توزيع الديون المؤجلة وأموال التركة	٢٤٥
الأعمال التحضيرية	٢٤٥
رأي الفقه	٢٤٥
مـــادة (٨٩٦)	٢٤٦
للوارث دفع ما يخصه من الدين المؤجل	٢٤٦
الأعمال التحضيرية	٢٤٦
رأي الفقه	٢٤٧
مـــادة (٨٩٧)	٢٤٨
رجوع الدائنين الذين لم تظهر حقوقهم	٢٤٨
الأعمال التحضيرية	٢٤٨
رأي الفقه	٢٤٨
أحكام القضاء الحديثة	٢٤٩
مـــادة (٨٩٨)	٢٥١
تولي المصفي تنفيذ الوصايا وغيرها من التكاليف	٢٥١
الأعمال التحضيرية	٢٥١
رأي الفقه	٢٥١

osheikan.com

الموضـــوع	الصفحة
تسليم أموال التركة وقسمة هذه الأموال	٢٥٢
مـادة (٨٩٩)	٢٥٢
إستحقاق الورثة للباقي من التركة	٢٥٢
الأعمال التحضيرية	٢٥٢
رأي الفقه	٢٥٢
أحكام القضاء الحديثة	٢٥٢
مـادة (٩٠٠)	٢٥٤
الأعمال التحضيرية	٢٥٤
رأي الفقه	٢٥٤
أحكام القضاء الحديثة	٢٥٥
مـادة (٩٠١)	٢٥٧
تسليم الوارث شهادة التوريث	٢٥٧
الأعمال التحضيرية	٢٥٧
رأي الفقه	٢٥٧
أحكام القضاء الحديثة	٢٥٨
مـادة (٩٠٢)	٢٧٠
مناط تسليم الوارث حصة مفرزة	٢٧٠
الأعمال التحضيرية	٢٧٠
رأي الفقه	٢٧٠
مـادة (٩٠٣)	٢٧١
إجراء المصفي القسمة الرضائية	٢٧١
الأعمال التحضيرية	٢٧١
رأي الفقه	٢٧١
مـادة (٩٠٤)	٢٧٢
خضوع قسمة التركة لأحكام قسمة المال الشائع	٢٧٢
الأعمال التحضيرية	٢٧٢
رأي الفقه	٢٧٢
مـادة (٩٠٥)	٢٧٣
قسمة الأشياء التذكارية للمورث	٢٧٣
الأعمال التحضيرية	٢٧٣

obeikan.com

الموضـــوع	الصفحة
رأي الفقه	٢٧٣
مـــادة (٩٠٦)	٢٧٤
تخصيص المستغل الزراعي أو الصناعي أو التجاري لأحد الورثة	٢٧٤
الأعمال التحضيرية	٢٧٤
رأي الفقه	٢٧٤
أحكام القضاء الحديثة	٢٧٥
مـــادة (٩٠٧)	٢٧٦
إختصاص أحد الورثة بدين التركة	٢٧٦
الأعمال التحضيرية	٢٧٦
رأي الفقه	٢٧٦
أحكام القضاء الحديثة	٢٧٦
مـــادة (٩٠٨)	٢٧٨
الوصية بقسمة أعيان التركة.....	٢٧٨
الأعمال التحضيرية	٢٧٨
رأي الفقه	٢٧٨
مـــادة (٩٠٩)	٢٧٩
مناط قسمة أعيان التركة لازمة	٢٧٩
الأعمال التحضيرية	٢٧٩
رأي الفقه	٢٧٩
مـــادة (٩١٠)	٢٨٠
الأموال التي لم تشملها القسمة	٢٨٠
الأعمال التحضيرية	٢٨٠
رأي الفقه	٢٨٠
مـــادة (٩١١)	٢٨١
أثر وفاة أحد الورثة قبل المورث على القسمة	٢٨١
الأعمال التحضيرية	٢٨١
رأي الفقه	٢٨١
مـــادة (٩١٢)	٢٨٢
نطاق خضوع قسمة المورث لأحكام قسمة المال الشائع	٢٨٢
الأعمال التحضيرية	٢٨٢

openkan.com

الموضـــوع	الصفحة
مـــادة (٩١٣)	٢٨٣
إعتراض دائني التركة على قسمة المورث	٢٨٣
الأعمال التحضيرية	٢٨٣
أحكام التركات التى لم تصف	٢٨٥
مـــادة (٩١٤)	٢٨٥
إنتقال التركة وشهر حق الإرث	٢٨٥
الأعمال التحضيرية	٢٨٥
أحكام القضاء الحديثة	٢٨٥
مـــادة (٩١٥)	٢٨٨
أحكام الوصية	٢٨٨
الأعمال التحضيرية	٢٨٨
رأي الفقه	٢٨٨
أحكام القضاء الحديثة	٢٨٩
مـــادة (٩١٦)	٢٩٣
شأن التصرف في مرض الموت	٢٩٣
الأعمال التحضيرية	٢٩٣
رأي الفقه	٢٩٣
أحكام القضاء الحديثة	٢٩٤
مـــادة (٩١٧)	٢٩٧
تصرف المورث واحتفاظه بحيازة العين وانتفاعه بها	٢٩٧
الأعمال التحضيرية	٢٩٧
رأي الفقه	٢٩٧
أحكام القضاء الحديثة	٢٩٨
٤ – الإلتصاق	٣٠٣
الإلتصاق بالعقار	
مـــادة (٩١٨)	٣٠٣
شروط تملك الأرض التي تكونت بسبب الطمي	٣٠٣
الأعمال التحضيرية	٣٠٣
رأي الفقه	٣٠٣

openkan.com

الموضـــوع	الصفحة
أحكام القضاء الحديثة	٣٠٥
مـــادة (٩١٩)	٣٠٦
تملك الأرض التي ينحسر عنها البحر	٣٠٦
الأعمال التحضيرية	٣٠٦
رأي الفقه	٣٠٦
أحكام القضاء الحديثة	٣٠٦
مـــادة (٩٢٠)	٣٠٧
الالتصاق بفعل المياه الراكدة	٣٠٧
الأعمال التحضيرية	٣٠٧
رأي الفقه	٣٠٧
أحكام القضاء الحديثة	٣٠٧
مـــادة (٩٢١)	٣٠٩
أراضي طرح النهر	٣٠٩
الأعمال التحضيرية	٣٠٩
رأي الفقه	٣٠٩
مـــادة (٩٢٢)	٣١٠
قرينة ملكية صاحب الأرض مما عليها أو تحتها	٣١٠
الأعمال التحضيرية	٣١٠
رأي الفقه	٣١٠
أحكام القضاء الحديثة	٣١٠
مـــادة (٩٢٣)	٣١٦
إقامة صاحب الأرض منشآت بمواد مملوكة للغير	٣١٦
الأعمال التحضيرية	٣١٦
رأي الفقه	٣١٦
أحكام القضاء الحديثة	٣١٨
مـــادة (٩٢٤)	٣١٩
إقامة صاحب المواد منشآت على أرض الغير بسوء نية	٣١٩
الأعمال التحضيرية	٣١٩
رأي الفقه	٣١٩
أحكام القضاء الحديثة	٣٢١

الموضـــوع	الصفحة
مـــادة (٩٢٥)	٣٢٥
إقامة صاحب المواد منشآت على أرض الغير بحسن نية	٣٢٥
الأعمال التحضيرية	٣٢٥
رأي الفقه	٣٢٥
أحكام القضاء الحديثة	٣٢٨
مـــادة (٩٢٦)	٣٣٠
إقامة صاحب المواد منشآت بترخيص من مالك الأرض	٣٣٠
الأعمال التحضيرية	٣٣٠
رأي الفقه	٣٣٠
أحكام القضاء الحديثة	٣٣١
مـــادة (٩٢٧)	٣٣٢
تقسيط التعويض أو تأجيل الوفاء	٣٣٢
الأعمال التحضيرية	٣٣٢
رأي الفقه	٣٣٢
أحكام القضاء الحديثة	٣٣٢
مـــادة (٩٢٨)	٣٣٣
شروط تملك الباني على ما جار عليه من أرض جاره	٣٣٣
الأعمال التحضيرية	٣٣٣
رأي الفقه	٣٣٣
أحكام القضاء الحديثة	٣٣٤
مـــادة (٩٢٩)	٣٣٦
ملكية الأكشاك لمن أقامها بأرض غيره	٣٣٦
الأعمال التحضيرية	٣٣٦
رأي الفقه	٣٣٦
مـــادة (٩٣٠)	٣٣٨
إقامة منشآت بأرض الغير بأدوات ليست مملوكة للباني	٣٣٨
الأعمال التحضيرية	٣٣٨
رأي الفقه	٣٤٠
أحكام القضاء الحديثة	٣٤٢

openkanoon.com

الموضـــوع	الصفحة
مـــادة (٩٣١)	٣٤٣
شرط التصاق منقول بمنقول	٣٤٣
الأعمال التحضيرية	٣٤٣
رأي الفقه	٣٤٣
مـــادة (٩٣٢)	٣٤٥
إنتقال الملكية في المنقول والعقار بالعقد	٣٤٥
الأعمال التحضيرية	٣٤٥
رأي الفقه	٣٤٥
أحكام القضاء الحديثة	٣٤٦
مـــادة (٩٣٣)	٣٥٠
إنتقال ملكية المنقول المعين بنوعه بالإفراز	٣٥٠
الأعمال التحضيرية	٣٥٠
رأي الفقه	٣٥٠
مـــادة (٩٣٤)	٣٥١
نظام الشهر العقاري	٣٥١
الأعمال التحضيرية	٣٥١
رأي الفقه	٣٥١
أحكام القضاء الحديثة	٣٥٢
٦ – الشفعة	٣٥٩
شروط الأخذ بالشفعة	
مـــادة (٩٣٥)	٣٥٩
طبيعة الشفعة	٣٥٩
الأعمال التحضيرية	٣٥٩
رأي الفقه	٣٥٩
أحكام القضاء الحديثة	٣٦٦
يثبت الحق فى الشفعة	٣٧١
مـــادة (٩٣٦)	٣٧١
من يثبت له حق الشفعة	٣٧١
الأعمال التحضيرية	٣٧١

obeikan.com

الموضـــوع	الصفحة
رأي الفقه	٣٧٢
أحكام القضاء الحديثة	٣٨٥
مـــادة (٩٣٧)	٣٩١
تزاحم الشفعاء – المفاضلة بين الشفعاء	٣٩١
الأعمال التحضيرية	٣٩١
رأي الفقه	٣٩١
أحكام القضاء الحديثة	٣٩٣
مـــادة (٩٣٨)	٣٩٥
الشفعة عند تولي البيع – الشفعة عند الدفع بالصورية	٣٩٥
الأعمال التحضيرية	٣٩٥
رأي الفقه	٣٩٥
أحكام القضاء الحديثة	٣٩٨
مـــادة (٩٣٩)	٤٠٥
	٤٠٥
الأعمال التحضيرية	٤٠٥
رأي الفقه	٤٠٥
أحكام القضاء الحديثة	٤٠٧
إجراءات الشفعة	٤١٠
مـــادة (٩٤٠)	٤١٠
الإجراءات في حالة إنذار الشفيع – أثر بطلان الإنذار	٤١٠
الأعمال التحضيرية	٤١٠
رأي الفقه	٤١٠
أحكام القضاء الحديثة	٤١٢
مـــادة (٩٤١)	٤١٦
بيانات إنذار الشفيع – يجب أن يكون الإنذار رسميا	٤١٦
الأعمال التحضيرية	٤١٦
رأي الفقه	٤١٦
أحكام القضاء الحديثة	٤١٨
مـــادة (٩٤٢)	٤٢١
إعلان الرغبة وتسجيل إعلان الرغبة	٤٢١

dvd4arab.com

الموضـــوع	الصفحة
الأعمال التحضيرية	٤٢١
رأي الفقه	٤٢١
أحكام القضاء الحديثة	٤٢٨
مـــادة (٩٤٣)	٤٣٧
الإختصاص بدعوى الشفعة	٤٣٧
الأعمال التحضيرية	٤٣٧
رأي الفقه	٤٣٨
أحكام القضاء الحديثة	٤٤٠
مـــادة (٩٤٤)	٤٤٧
حكم الشفعة سند ملكية الشفيع – شهر حكم الشفعة	٤٤٧
الأعمال التحضيرية	٤٤٧
رأي الفقه	٤٤٧
أحكام القضاء الحديثة	٤٤٨
آثار الشفعة	٤٥٠
مـــادة (٩٤٥)	٤٥٠
حلول الشفيع محل المشتري في الحقوق والإلتزامات	٤٥٠
الأعمال التحضيرية	٤٥٠
رأي الفقه	٤٥٠
أحكام القضاء الحديثة	٤٥١
مـــادة (٩٤٦)	٤٥٢
البناء والغراس الذي يقيمه المشتري	٤٥٢
الأعمال التحضيرية	٤٥٢
رأي الفقه	٤٥٢
أحكام القضاء الحديثة	٤٥٣
مـــادة (٩٤٧)	٤٥٤
مناط نفاذ تصرفات المشتري في حق الشفيع	٤٥٤
الأعمال التحضيرية	٤٥٤
رأي الفقه	٤٥٤
أحكام القضاء الحديثة	٤٥٦

الموضـــوع	الصفحة
سقوط الشفعة	٤٥٨
مـادة (٩٤٨)	٤٥٨
مسقطات الشفعة	٤٥٨
الأعمال التحضيرية	٤٥٨
رأي الفقه	٤٥٨
أحكام القضاء الحديثة	٤٥٨
٧ـ الحيازة	
كسب الحيازة – وإنتقالها – وزوالها	
المذكرة الإيضاحية نظرة عامة	٤٦٢
مـادة (٩٤٩)	٤٦٣
مناط الحيازة المكسبة للملكية	٤٦٣
الأعمال التحضيرية	٤٦٣
رأي الفقه	٤٦٣
أحكام القضاء الحديثة	٤٦٤
مـادة (٩٥٠)	٤٦٧
أهلية الحائز	٤٦٧
الأعمال التحضيرية	٤٦٧
رأي الفقه	٤٦٧
أحكام القضاء الحديثة	٤٦٧
مـادة (٩٥١)	٤٦٩
مناط الحيازة بالوساطة	٤٦٩
الأعمال التحضيرية	٤٦٩
رأي الفقه	٤٦٩
أحكام القضاء الحديثة	٤٧٠
مـادة (٩٥٢)	٤٧١
إنتقال الحيازة إلى الخلف الخاص	٤٧١
الأعمال التحضيرية	٤٧١
أحكام القضاء الحديثة	٤٧١

osheikan.com

الموضـــوع	الصفحة
مـــادة (٩٥٣)	٤٧٥
نقل الحيازة بالتسليم الحكمي	٤٧٥
الأعمال التحضيرية	٤٧٥
مـــادة (٩٥٤)	٤٧٨
الحيازة الرمزية بتسلم سندات الملكية	٤٧٨
الأعمال التحضيرية	٤٧٨
مـــادة (٩٥٥)	٤٧٩
إنتقال الحيازة إلى الخلف العام	٤٧٩
الأعمال التحضيرية	٤٧٩
أحكام القضاء الحديثة	٤٨٠
مـــادة (٩٥٦)	٤٨٤
زوال الحيازة بفقد عنصريها	٤٨٤
الأعمال التحضيرية	٤٨٤
أحكام القضاء الحديثة	٤٨٤
مـــادة (٩٥٧)	٤٨٧
عدم زوال الحيازة بالمانع الوقتي إذا استمر سنة كاملة	٤٨٧
الأعمال التحضيرية	٤٨٧
حماية الحيازة (دعاوى الحيازة الثلاث)	
مـــادة (٩٥٨)	٤٨٨
أحكام دعاوى الحيازة.....	٤٨٨
الأعمال التحضيرية	٤٨٨
أحكام القضاء الحديثة	٤٨٨
مـــادة (٩٥٩)	٤٩٤
إسترداد الحيازة ممن لا يستند لحيازة أحد بالتفضيل	٤٩٤
الأعمال التحضيرية	٤٩٤
أحكام القضاء الحديثة	٤٩٤
مـــادة (٩٦٠)	٤٩٦
إسترداد الحيازة من خلف المغتصب ولو كان حسن النية	٤٩٦

Dareikan.com

الموضـــوع	الصفحة
الأعمال التحضيرية	٤٩٦
أحكام القضاء الحديثة	٤٩٦
مـــادة (٩٦١)	٤٩٩
دعوى منع التعرض	٤٩٩
الأعمال التحضيرية	٤٩٩
أحكام القضاء الحديثة	٤٩٩
مـــادة (٩٦٢)	٥٠٦
دعوى وقف الأعمال الجديدة	٥٠٦
الأعمال التحضيرية	٥٠٦
أحكام القضاء الحديثة	٥٠٦
فهرس المجلد السابع	٥٠٩

تم بحمد الله

openkan.com